

نَوَاحِجُ الْإِفْكَانِ

فِي كَشْفِ الرَّمُوزِ وَالْأَسْرَارِ

لِشَيْخِ الدِّينِ أَحْمَدَ بْنِ قُودَرٍ
المعروف بقاضى زاده أفندى قاضى عسكر روملي
وهى تكملة "فتح القدير"
للمحقق الكمال ابن الهمام الحنفى

على
المطوية : شرح بداية المبتدى
تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين على بن أبى بكر المرغينانى
المتوفى سنة ٥٩٣هـ

ومعه

- ١ - شرح العناية على الهداية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرى المتوفى سنة ٧٨٦هـ .
- ٢ - حاشية المحقق سعد الله بن عيسى المفتى الشهير بسعدى چلبى وبسعدى أفندى المتوفى سنة ٩٤٥هـ .

الجزء العاشر

دار الفكر

المكانب: البناية المركزية - هائف: ٢٤٤٧٣٩ - ص ب: ١١/٧٠٦١
٨٣٨٢٠٢ | ٣٩٠٦٦٣ : هائف : شارع عبدالنور - هائف
٨٣٧٨٩٨
FIKR 41392 LE برقيًا: فكيو . تلکس: ٤١٣٩٢ فک

بيروت
لبنان



مَنْ يَرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ

(حديث شريف)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(كتاب الكراهية)

(كتاب الكراهية)

أورد الكراهية بعد الأضحية لأن عامة مسائل كل واحدة منهما لم تخل من أصل أو فرع ترد فيه الكراهية؛ ألا يرى أن التضحية في ليالي أيام النحر مكروهة، وكذا التصرف في الأضحية بجزء صوفها وحلب لبنها وإبدال غيرها مكانها، وكذلك ذبح الكتان وغير ذلك. كما أن الأمر في كتاب الكراهية كذلك كذا في الشروح. ثم إن عبارات الكتب قد اختلفت في ترجمة هذا الكتاب. فقد سماه محمد في الجامع الصغير باسم الكراهية وعليه وضع الطحاوي في مختصره وتبعهما المصنف، وسماه محمد في الأصل بالاستحسان وعليه كتب كثير من مشايخنا كالكاظمي للحاكم الشهيد والمبسوط والمحيط والذخيرة والمغني وغيرها، وسماه الكرخي في مختصره بالحظر والإباحة، وتبعه القدوري في مختصره والإمام قاضيخان في فتاواه، وكذا وقع في التحفة والتممة والإيضاح. ولكل وجهة هو وليها. أما وجه التسمية بالكراهية فلأن بيان المكروه أهم لوجوب الاحتراز عنه. وأما وجه التسمية بالاستحسان فلأن فيه ماحسنه الشرع وما قبحه ولفظ الاستحسان أحسن فلقب به، أو لأن أكثر مسائله استحسان لا مجال للقياس فيها. وأما وجه التسمية بالحظر والإباحة فلأن الحظر المنع والإباحة الإطلاق، وفيه مامنع عنه الشرع وما أباحه. كذا ذكر وجه كل منهما في الاختيار شرح المختار. وفي شرح الكنز للإمام الزيلعي: ثم إن الكراهية في اللغة مصدر

(كتاب الكراهية)

أورد الكراهية بعد الأضحية، لأن عامة مسائل كل واحدة منهما لم تخل من أصل أو فرع ترد فيه الكراهية :

(كتاب الكراهية)

وتأويل قول أبي يوسف أنه لا بأس بها للتداوى . وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلاة والذبايح فلا نعيدها ، واللبن متولد من اللحم فأخذ حكمه . قال (ولا يجوز الأكل والشرب والادّهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء) لقوله عليه الصلاة والسلام في الذي يشرب في إناء الذهب والفضة « إنما يجر جر في بطنه نار جهنم » وأتى أبو هريرة رضي الله عنه بشراب في إناء فضة فلم يقبله وقال :

ما يتعلق بالأكل والشرب في هذا الفصل غير منحصر في هذه المسئلة ، بل كثير من المسائل الآتية المذكورة في هذا الفصل من مسائل الأكل والشرب أيضا . فيصح عنوان الفصل بالأكل والشرب . سواء لم تذكر هذه المسئلة فيه أصلا أو ذكر معها غيرها أيضا مما سبق في الذبائح . وأما حديث ذكر بعض من المسائل السابقة في الذبائح تذكيرا للبواقي فغير تام أيضا . لأن ذكر ما ذكر مر وبين مستوفى تذكيرا لبواقي المذكورات ليس من دأب المصنفين ولا مما بهم أصلا . ثم أقول : الأوجه أن يقال : إنما خص الأثن بالذکر مع كراهة لحوم غيرها أيضا لأن جميع مالا يؤكل لحمه قد ذکر في الذبائح مستوفى . وكراهة لحوم الأثن إنما ذكرت ها هنا توطئة لكراهة ألبانها التي لم تذكر فيها مرة قط . ولا تدخل لكراهة لحوم غيرها في التوطئة لذلك فلا جرم خص الأثن بالذكر دون غيرها . ثم قال ذلك البعض : وأما حكم أبواب الإبل فإنما ذكره المصنف فيما سبق . وذكره محمد ها هنا في الجامع الصغير . فليس فيه التكرار حتى يحتاج فيه إلى الاعتذار انتهى كلامه . أقول : ليس هذا بكلام صحيح . لأن المصنف أيضا ذكره ها هنا في الهداية والبدایة فلزمه التكرار قطعاً . وإنما يلزمه التكرار لو ذكره محمد في الجامع الصغير ولم يذكره المصنف ها هنا . وأما كون مأخذ مذكره المصنف ها هنا مذكره محمد في الجامع الصغير فلا يجدي شيئا في دفع التكرار . لأن المصنف ليس في حيز الاجتهاد . فكل ما ذكره مأخوذ من قول مجتهد ، فإذا ذكر مسألة مرتين لزم التكرار لا محالة (قوله وتؤول قول أبي يوسف لا بأس به للتداوى) إنما احتاج المصنف إلى هذا التأويل لأن مذهب أبي يوسف أن بول مايوكل لحمه نجس لما مر في كتاب الطهارات فلزم أن يكون شربه جرماً . والمفهوم من قوله ها هنا : وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بأبوال الإبل حل شر بها عند أبي يوسف أيضا . فأول المصنف قول أبي يوسف . وشربه ها هنا بنى الباس عن شربها للتداوى . وشر بها للتداوى ليس بجراً . والله اعلم . وقد عرفت مسكنا بقصة العربيين كما مر بيانه في كتاب الطهارات . قال صاحب غاية البيان في هذا المقام : وأما قول أبي يوسف ومحمد في الجامع الصغير : لا بأس بذلك ، فنصرف إلى لحم الفرس خاصة . لأن بول الإبل نجس عند أبي يوسف أيضا . إلا أنه أطلق شربه للتداوى . وقد مر بيانه في كتاب الطهارات في فصل البئر انتهى . أقول : فيه نظر . لأن لفظ محمد في الجامع الصغير هكذا : محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة قال : أكره شرب أبوال الإبل وأكل لحوم الفرس . وقال أبو يوسف ومحمد : لا بأس بذلك كله إلى هنا لفظ محمد في الجامع الصغير . وقد اعترف به الشارح المذكور حيث ذكر لفظه هكذا بعينه . ولا يذهب عليك أن عبارة كله في قوله وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بذلك كله تمنع من أن يكون قول أبي يوسف ومحمد في الجامع الصغير منصرفا إلى لحم الفرس خاصة ، بل يقتضى شموله لأبوال الإبل أيضا (قوله وقد بينا هذه الجملة فما تقدم في الصلاة والذبائح فلا نعيدها) أقول : في رواج هذه الحوالة بحث . فإن ألبان الأثن من هذه الجملة

قوله (واللبن متولد من اللحم فأخذ حكمه) يرد عليه ابن الخليل على قول أبي حنيفة في رواية هذا الكتاب حيث جعل لبنه حللا بما لا بأس به وأكل لحمه محرما مع أن لبن الخليل متولد من لحمه فلا بد من زيادة قيد : وهو أن يقال بعد قوله فأخذ حكمه فيما لم يختلف ما هو المطلوب من كل واحد منهما لما أن المقصود من تحريم لحمه عدم تقايل آلة الجهاد ولا يوجد ذلك في اللبن فكان شربه بما لا بأس به . وقوله صلى الله عليه وسلم « إنما يخرج جرج في بطنه نار جهنم » قيل معناه :

(قوله رد عليه ابن الحليل الخ) أقول : فيه بحث (قوله وهو أن يقال بعد قوله فأخذ حكه فيما لم يختلف ما هو المطلوب) أقول : فيه بحث ، والأولى أن يقال إذا وجد جهة الحرمة فيه أيضا .

نهانا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم . وإذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادّهان ونحوه لأنه في معناه ولأنه تشبه بزىّ المشركين وتنعم بنعم المترفين والمُسرفين . وقال في الجامع الصغير : يكره ومراده التحريم ويستوى فيه الرجال والنساء لعزم النهي . وكذلك الأكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذا ما أشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا . قال (ولا بأس باستعمال آنية الرصاص والزجاج

ولم تبين فيها تقدم قط . وكذا أبوال الإبل من هذه الجملة ولم تبين في شيء من كتابي الصلاة والذبايح . وإنما بينت في كتاب الطهارات في فصل البئر في ضمن بيان بول ما يؤكل لحمه مطلقا . وعن هذا قال صاحب الكافي وقد مرت هذه الجملة في كتاب الطهارة والذبايح . ويمكن أن يتمحل في توجيه كل من هاتين الصورتين . أما في توجيه الصورة الأولى منهما فبأن يحمل المراد بهذه الجملة في قوله قد بينا هذه الجملة على ما عدا الألبان بقرينة بيان كراهة اللبن بعد قوله فلا نعيدها بقوله واللبن يتولد من اللحم فأخذ حكمه . وأما في توجيه الصورة الثانية منهما فبأن الطهارة لما كانت من شروط الصلاة ومبادئها غير المصنف عن كتاب الطهارات بكتاب الصلاة مسامحة . قال بعض المتأخرين : وإنما قال في الصلاة مع أن البيان لم يكن فيها بل في كتاب الطهارة في فصل البئر إشارة إلى أنه ينبغي أن يذكر مسائل الطهارة في فصل من فصول كتاب الصلاة كما وقع في تناوئ قاضيجان وأن لا يترجم لما كتاب على حدة انتهى . أقول : ليس هذا شيء لأن ما له أن يكون مراد المصنف بتعبيره المذكور الإشارة إلى تقبيح نفسه فيها فعلة في أول كتابه من ترجمة الطهارات بكتاب على حدة دون فصل من فصول كتاب الصلاة . وهل يليق بالعاقل أن يقصد الإشارة إلى مثل ذلك . على أن الشراح ذكروا قاطبة في أول الكتاب وجهها وجهها لإيراد الطهارة في كتاب مستقل . فكون الذي ينبغي أن يذكر مسائل الطهارة في فصل من فصول الصلاة ممنوع : وعن هذا ترى أكثر ثقات السلف والخلف ذكروا مسائل الطهارة في كتاب على حدة . وقال ذلك البعض : ثم إن المصنف بين فيها تقدم أن ~~سبب أنه إلى الإبل حرام عند أبي حنيفة رحمه الله مطلقا . وحلال عند محمد رحمه الله مطلقا . وللتداوى فقط عند أبي يوسف . وذكر أدلتهم هناك . لكن ينبغي أن لا يفتى في طهارته . مع أن استلزام طهارته حل شربه غير ظاهر . وأن طهارته لم تلزم عنده إلا من حله الثابت بقوله عليه الصلاة والسلام «ما وضع شفاؤكم فيها حرم عليكم سكا سقي» فبناء حله على طهارته دور ظاهر . إلى هنا كلامه . أقول : حديث الدور ساقط جدا . لأن حله إنما يكون علة لطهارته في العقل بأن يصير دليلا عليها . وأما طهارته فإنما تكون علة لحله في الخارج فاختلقت الجهة ، وهذا نظير ما قالوا في العلوم العقلية أن الحمى علة للعفونة في الدهن والعفونة علة للحمى في الخارج ، فالاستدلال بالحمى على العفونة برهان إني وبعبكسه برهان لمي ولا دور أصلا . وهكذا الحال بين كل مؤثر وأثره . فإن الأول علة للثاني في الخارج وإن كان الثاني علة للأول في العقل : أي دليلا عليه . ومن هذا القبيل استدلالنا بوجود العالم على وجود الصانع (قوله وإذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادّهان ونحوه لأنه في معناه)~~

يردد ، من جرجر الفعل : إذا ردد صوت في حنجرتة . ونارا منصوب على ما هو المحفوظ من الثقات ، وقوله (لأنه في معناه) أي لأن الادّهان من آنية الذهب في معنى الشرب منها . لأن كلا منهما استعمال لها والحرم هو الاستعمال . قيل صورة الادّهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة ويصب الدهن على الرأس ، وأما إذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صبه على الرأس من اليد لا يكره . قال صاحب النهاية : هكذا ذكره صاحب الذخيرة في الجامع الصغير ، وأرى أنه يخالف لما ذكره المصنف في المكحلة ، فإن الكحل لابد وأن يتفصل عنها حين الاكتحال ، ومع ذلك فقد ذكرها في المحرمات . المضيب المشدود بالضباب جمع ضبة ،

(قوله من آنية الذهب) أقول : والفضة كذلك (قوله قيل صورة الادّهان المحرم ، إلى قوله : لا يكره) أقول : وفي شرح : ويحتمل هذا التفصيل في الأكل والشرب أيضا (قوله وأرى أنه يخالف لما ذكره المصنف في المكحلة ، إلى قوله : في المحرمات الخ) أقول : لكن المحتفل يأخذ المكحلة بيده ويضع فيها الميل ، بخلاف الآنية إذ لا يحتاج فيه إلى الأخذ باليد .

والبور والعقيق) وقال الشافعي : يكره لأنه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به . قلنا : ليس كذلك . لأنه ما كان من عاداتهم التفاخر بغير الذهب والفضة . قال (ويجوز الشرب في الإناء المفضض عند أبي حنيفة والركوب على السرج المفضض والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض إذا كان يتقى موضع الفضة) ومعناه : يتقى موضع الغم . وقيل هذا وموضع اليد في الأخذ وفي السرير والسرج موضع الجلوس . وقال أبو يوسف : يكره ذلك . وقول محمد يروى مع أبي حنيفة ويروى مع أبي يوسف . وعلى هذا الخلاف الإناء المصنوب بالذهب والفضة والكرسي المصنوب بهما . وكذا إذا جعل ذلك في السيف والمشند وحلقة المرأة . أو جعل المصحف مذهبا أو مفضضا . وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والثفر إذا كان مفضضا . وكذا الثوب فيه كتابة بذهب أو فضة على هذا . وهذا الاختلاف فيما يخلص . فأما التموه الذي

أي لأن الأدهان في آنية الذهب أو الفضة ونحوه في معنى الشرب منها لأن كلا من ذلك استعمال لها . والمحرم هو الاستعمال بأي وجه كان لما فيه من التجبر والإسراف فيشمل الأدهان والتطيب أيضا . وفي النهاية قيل : صورة الأدهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة ويصب الدهن على الرأس . أما إذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صبه على الرأس من اليد لا يكره . وكذا ذكره صاحب الذخيرة في الجامع الصغير ٥١ . قال صاحب العناية بعد نقل ذلك : وأرى أنه يخالف لما ذكره المصنف في المكحلة فإن الكحل لابد وأن ينفصل عنها حين الاكتحال . ومع ذلك فقد ذكره في المحرمات انتهى . أقول : يمكن دفع المخالفة بين القولين بأن المحرم في أواني الذهب والفضة وآلاتها هو استعمالها : واستعمال آنية الذهب أو الفضة عند إرادة الأدهان منها إنما يتحقق في العرف والعادة بأخذ آنيتهما وصب الدهن منها على البدن لا بإدخال اليد فيها وأخذ الدهن ثم صبه على البدن . وأما استعمال مكحلة الذهب أو الفضة فإنما يتصور عادة بإدخال الميل فيها ثم الاكتحال به فانفصال الكحل عنها حين الاكتحال لا يقدح في تحقق استعمالها فافترقا . واعترض صاحب التيسيل على ما قيل في صورة الأدهان المحرم بوجه آخر . وهو أنه يقتضيه أن لا يكره إذا أخذ الطعام من آنية الذهب أو الفضة بملقعة ثم أكل . منها . كما إذا شرب من إناء من ذهب أو فضة . وأجاب عنه صاحب الدرر والفرح بما يقر به ما ذكرناه في دفع ما قاله صاحب العناية في المكحلة حيث قال بعد ذكر ذلك الاعتراض أقول : منشؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ وعدم الوقوف على مرادهم . أما الأول فلأن من في قولهم من إناء ذهب ابتدائية . وأما الثاني فلأن مرادهم أن الأدوات المصنوعة من المحرمات إنما يحرم استعمالها إذا استعملت فيما صنعت له بحسب متعارف الناس . فإن الأواني الكبيرة المصنوعة من الذهب والفضة لأجل أكل الطعام إنما يحرم استعمالها إذا أكل الطعام منها باليد أو المعلقة . لأنها وضعت لأجل ابتداء الأكل منها باليد أو المعلقة في العرف . وأما إذا أخذ منها ووضع على موضع مباح فأكل منه لم يحرم لانتفاء ابتداء الاستعمال منها . وكذا الأواني الصغيرة المصنوعة لأجل الأدهان ونحوه إنما يحرم استعمالها إذا أخذت وصب منها الدهن على الرأس أو على اليد ، لأنها إنما صنعت لأجل الأدهان منها بذلك الوجه . وأما إذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن وصبه على الرأس من اليد فلا يكره لانتفاء ابتداء الاستعمال منها ، فظهر أن مرادهم أن يكون ابتداء الاستعمال المتعارف من ذلك المحرم ، إلى هنا كلامه . أقول : فيه نوع استدراك بل اختلال ، فإن قوله منشؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ ثم بيانه إياه بقوله أما الأول فلأن « من » في قولهم من إناء ذهب ابتدائية أمر زائد بل مختل . أما أولا فلأن المذكور في عبارة عامة المشايخ في آنية الذهب والفضة بكلمة في بدل كلمة من ، وعليه عبارة الكتاب والجامع الصغير والمحيط والذخيرة وعامة المعبريات ، وإنما وقعت كلمة من في كلام بعض المتأخرين من أصحاب المتون . وأما ثانيا فلأنه لا تأثير للابتداء في تمشية الجواب الذي ذكره هاهنا ، إذ يكفي فيها الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره ، سواء كان الاستعمال في الابتداء أو في الانتهاء . يظهر ذلك بالتأمل الصادق والدقيق السليم . ثم إن بعض المتأخرين بعد أن ذكر الجواب المزبور وطعن في بعض عباراته قال : والحق أن الفرق بين صور الأدهان

لا يخلص فلا بأس به بالإجماع . لهما أن يستعمل جزء من الإناء مستعمل جميع الأجزاء فيكره : كما إذا استعمل موضع الذهب والفضة . ولأبي حنيفة رحمه الله أن ذلك تابع ولا معتبر بالتتابع فلا يكره . كالحبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسبار الذهب في الفص . قال (ومن أرسل أجيرا له مجوسيا أو خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودى أو نصرانى أو مسلم وسعه أكله) لأن قول الكافر مقبول في المعاملات لأنه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة إلى قبوله لكثرة وقوع المعاملات (وإن كان

ليس بما ذكره انجيب . بل بوجود ماسة أئيد بالإناء وقت الاستعمال في الصورتين وعدمها في الثالثة . فإن للماسة تأثيرا في الحرمة كما سيجىء من وجوب الاتقاء عن موضع الفضة في الإناء المفضض أو المصبب وقت الشرب فتأمل انتهى . أقول : يرد على هذا الفرق الذى زعمه حقا النقض الذى أورده صاحب التسهيل . فإنه إذا أخذ الطعام من آنية الذهب أو الفضة بملعة ثم أكل منها أو أخذه بيده وأكله منها لم يوجد هناك ماسة اليد بالآنية مع أنه يكره بلا شك . فالخاص الكلى هنا إنما يحصل بالمصير إلى الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره لا بغير ذلك . وأما الإناء المفضض أو المصبب فمعزل عما نحن فيه . فإنه ليس بخالص فضة أو ذهب بل هو مركب من لوح وفضة أو ذهب . فاعتبر أبو حنيفة في حرمة الشرب منه بماسة العضو بالجزء الذى هو الفضة أو الذهب ولم يعتبرها صاحباه . ولكل من الجانبين أصل يأتي بيانه (قوله لهما أن مستعمل جزء من الإناء مستعمل جميع الأجزاء فيكره) جمعهما في التعليل جريا على رواية كون قول محمد في هذه المسئلة مع أبي يوسف وإن كان أفرد أبا يوسف في بيان الحكم فيها قبل . وأما صاحب الكافي فأفردة هاهنا أيضا حيث قال : احتج أبو يوسف بعموم ما ورد من النهى . ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال بعد نقل ما في الكافي : قلت ورد النهى عن الشرب في إناء الذهب والفضة كما سبق . وصادقه على المفضض والمصبب ممنوع . وقال في الحاشية ردالمال في الكافي من احتجاج أبي يوسف . أقول : ليس ذلك بتام لأن ما ورد من النهى من الشرب في إناء الذهب والفضة إن لم يعم المفضض والمصبب عبارة يعمهما دلالة كعمومه للادّهان منه ونحوه . وعمومه للأكل بملعة الذهب والفضة والاتصال بين المصير . كذا ما أشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما . فإن المدار في كلها تناول النهى الوارد المذكور لكل منها دلالة كما صرحوا به . وعن هذا قال في المحيط البرهاني حجة العمومات المملوذة بالنهى عن استعمال الذهب والفضة . ومن استعمل إناء كان مستعملا كل جزء منه فكره . وهذا لأن الحرمة في استعمال الذهب والفضة في الإناء وغيره إنما كانت للتشبه بالأكاسرة والجارية . فكل ما كان بهذا المعنى يكره . بخلاف خاتم الفضة والمنطقة حيث لا يكره لأن الرخصة جاءت في ذلك نصا . أما هاهنا بخلافه . إلى هنا لفظ المحيط تأمل . وقال الإمام الزيلعي في شرح الكنز : لأبي يوسف ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام قال « من شرب في إناء ذهب أو فضة أو إناء فيه شيء من ذلك فإنه يجر جر في بطنه نار جهنم » رواه الدارقطني . انتهى . ورد عليه أيضا ذلك البعض حيث قال بعد نقل ذلك : قلت لو ثبت هذا كان حجة قاطعة على أبي حنيفة رحمه الله . لكن لم نجده في روايات البخارى وغيره إلا خاليا عن زيادة « أو إناء فيه شيء من ذلك » وقال في الحاشية : رد لما ذكره الزيلعي من احتجاج أبي يوسف انتهى . أقول : عدم وجدانه تلك الزيادة فيما رآه من روايات البخارى وغيره لا يدل على عدم وجودها في رواية أخرى لم ير محلها . وقد بين الإمام الزيلعي طريق إخراج ما ذكره من الحديث حيث قال : رواه الدارقطني . فكيف يصح أن يجعل ذلك البعض مجرد عدم اطلاعه على ذلك ردآ له

(ولأبي حنيفة رحمه الله أن ذلك تابع ولا معتبر بالتتابع) حكى أن هذه المسئلة وقعت في دار أبي جعفر الدواني بحضرة أبي حنيفة وأئمة عصره رحمهم الله . فقالت الأئمة : يكره . فقيل لأبي حنيفة : ما تقول ؟ فقال : إن وضع فيه على الفضة يكره وإلا فلا . فقيل له : ما الحجة فيه ؟ فقال : أرأيت لو كان في أصبعه خاتم فضة فشرب من كفه أيكره ؟ فوقف كلهم وتعجب أبو جعفر . قال (ومن أرسل أجيرا له مجوسيا الخ) كلامه واضح .

غير ذلك لم يسهه أن يأكل منه) معناه : إذا كان ذبيحة غير الكتاني والمسلم . لأنه لما قبل قوله في الحل أولى أن يقبل في الحرمه . قال (ويجوز أن يقبل في الهدية والإذن قول العبد والجارية والصبي) لأن الهدايا تبعث عادة على أيدي هؤلاء . وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الإذن عند الضرب في الأرض والمبايعه في السوق . فلو لم يقبل قولهم يؤدي إلى الحرج . وفي الجامع الصغير : إذا قالت جارية لرجل بعني مولاي إليك هدية وسعه أن يأخذها . لأنه لا فرق بين ما إذا أخبرت بإهداء المولى غيرها أو نفسه لما قلنا (قال) ويقبل في المعاملات قول الفاسق . ولا يقبل في الديانات إلا قول العدل (ووجه الفرق أن المعاملات يكثر وجودها فيما بين أجناس الناس . فلو شرطنا شرطاً زائداً يؤدي إلى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلاً كان أو فاسقاً

وهو ليس من فرسان ميدان علم الحديث كما لا يخفى (قوله معناه إذا كان ذبيحة غير الكتاني والمسلم) أقول : كان الأظهر أن يقال : معناه إذا كان قوله غير ذلك بأن قال اشترته من غير الكتاني والمسلم . لأن المقصود بالبيان هنا كون قول الكافر مقبولا فيما هو من جنس المعاملات سواء تضمن الحل أو الحرمه . لا كون ذبيحة المسلم والكتاني مما يؤكل دون ذبيحة غيرهما فإنه من مسائل كتاب الذبائح . وقد مر مستوى . وعبارة المصنف توهم أصالة الثاني كما ترى . ثم إنه لو قال في المتن : وإن قال غير ذلك بدل قوله وإن كان غير ذلك لكان أظهر من الكل . وكان أوفق لما قبله وهو قوله وقال اشترته من يهودى أو نصرانى أو مسلم ، إلا أنه لم يغير لفظ محمد رحمه الله في الجامع الصغير تبركاً به (قوله لأنه لما قبل قوله في الحل أولى أن يقبل في الحرمه) قال صاحب العناية في شرح هذا الحل : قوله لأنه لما قبل قوله في الحل : يعنى في قوله وسعه أكله . فإنه يتضمن الحل لامحالة أولى أن يقبل في الحرمه لأن الحرمه مرجحة على الحل دائماً انتهى . أقول : في تفسيره قول المصنف في الحل بقوله يعنى في قوله وسعه أكله ركافة جداً . لأن قوله وسعه أكله جواب المسئلة فهو في قوة أن يقال يقبل قوله فيما أخبر به لأنه ثمة قبول قوله في ذلك ، فلو كان مراد المصنف هاهنا بقوله في الحل في قوله وسعه أكله يصير معنى كلامه لما قبل قوله في قبول قوله فيما أخبر به . ولا حاصل له بل هو من قبيل اللغو من الكلام . والحق عندى في شرح كلام المصنف هنا أن يقال : لو قيل قول في الحل : أى فيما يتضمن الحل وهو قوله اشترته من يهودى أو نصرانى أو مسلم فإنه يتضمن إثبات حل أكل ما اشتراه كما صرحوا به قاطبة أولى أن يقبل قوله في الحرمه : أى فيما يتضمن الحرمه وهو قوله اشترته من غير الكتاني والمسلم فإنه يتضمن إثبات حرمه ما اشتراه كما صرحوا به أيضاً تبصر (قوله لأنه لا فرق بين ما إذا أخبرت بإهداء المولى غيرها أو نفسها لما قلنا) قال جمهور الشراح : قوله لما قلنا راجع إلى قوله لأن الهدايا تبعث عادة على أيدي هؤلاء انتهى . أقول : لما منع أن يمنع أن نفس الجوارى والعبيد تبعث عادة على أيدي هؤلاء ، بخلاف إهداء غير أنفسهم من الهدايا فإنها تبعث عادة على أيديهم بلا مجال التكثير من أحد . وقال صاحب الغاية : قوله لما قلنا إشارة إلى قوله فلو لم يقبل قولهم يؤدي إلى الحرج ، وتبعه العيني . أقول : ولما منع أن يمنع أن عدم قبول قولهم في إهداء مواليم أنفسهم يؤدي إلى الحرج لإمكان إهداءهم على أيدي غيرهم من سائر العبيد والجوارى أو الصبيان وعدم القدرة على غيرهم أصلاً نادر لا يعد مثله مؤدياً إلى الحرج بخلاف إهداء الهدايا مطلقاً على أيدي غير جنس العبيد والجوارى والصبيان فإن فيه حرجاً بيننا سيما في إهداء الأمور الخسيسة (قوله ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات إلا قول العدل) قال في التلويح : قيل ذكر فخر الإسلام في وضع من كتابه أن إخبار المميز الغير العدل يقبل في مثل الوكالة والهدايا

وقوله (لأنه لما قبل قوله في الحل) يعنى في قوله وسعه أكله فإنه يتضمن الحل لامحالة أولى أن يقبل في الحرمه : لأن الحرمه مرجحة على الحل دائماً . وأتى برواية الجامع الصغير لأن الهدية فيما نفس الجارية . وقوله (لما قلنا) راجع إلى قوله لأن الهدايا تبعث عادة على أيدي هؤلاء .

(قوله لأن الهدايا تبعث على أيدي هؤلاء عادة) أقول : يمكن أن يمنع اشترائه العادة .

كافراً أو مسلماً عبداً أو حراً ذكراً أو أنثى دفعا للحرص . أما الديانات فلا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز أن يشترط فيها زيادة شرط : فلا يقبل فيها إلا قول المسلم العدل لأن الفاسق متهم والكافر لا يلزم الحكم فليس له أن يلزم المسلم : بخلاف المعاملات لأن الكافر لا يمكنه المقام في ديارنا إلا بالمعاملة . ولا ينهيها له المعاملة إلا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة : ولا يقبل فيها قول المستور في ظاهر الرواية . وعن أبي حنيفة أنه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه أنه يجوز القضاء به . وفي ظاهر الرواية هو والفاسق فيه سواء حتى يعتبر فيهما أكبر الرأي .

من غير انضمام التحري : وفي موضع آخر أنه يشترط التحري وهو المذكور في كلام الإمام السرخسي . ومحمد رحمه الله ذكر القيد في كتاب الاستحسان ولم يذكره في الجامع الصغير ، فقيل : يجوز أن يكون المذكور في كتاب الاستحسان تفسيراً لهذا فيشترط . ويجوز أن يشترط استحساناً ولا يشترط رخصة : ويجوز أن يكون في المسئلة روايتان انتهى . أقول : يشكل على التوجيه الأول الفرق بين المعاملات والديانات لأن قول الفاسق يقبل في الديانات أيضاً بشرط التحري كما سيأتي التصريح به في الكتاب ، وكذا يشكل ذلك على التوجيه الثالث على إحدى الروايتين وهي رواية الاشتراط ، فالظاهر المناسب عندى هو التوجيه الثاني . فإن الفرق المذكور يستقيم حينئذ : إذ لا رخصة لقبول قول الفاسق في الديانات بدون التحري (قوله ولا يقبل فيها قول المستور في ظاهر الرواية . وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه أنه يجوز القضاء به) قال الشراح : وظاهر الرواية أضح لأنه لا بد من اعتبار أحد شرطى الشهادة ليكون الخبر ملزماً وقد سقط اعتبار العدد فبقى اعتبار العدالة انتهى . أقول : فيه بحث ، لأن أصل أبي حنيفة في الشهادة أن يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة إذا لم يطعن الخصم فيما عدا الحدود والقصاص كما تقرر في كتاب الشهادات فكان أحد شرطى الشهادة عنده ظاهر العدالة دون حقيقتها ، ولا ريب أن المستور ظاهر العدالة لقوله عليه الصلاة والسلام « المسلمون عدول بعضهم على بعض : إلا محدوداً في قذف » . ففي غير ظاهر الرواية أيضاً لم يلزم عدم اعتبار أحد شرطى الشهادة مع مسلمة من أهل أصحبه ظاهر الرواية . ويمكن أن يقال : ليس مقصودهم بيان أصحبه ظاهر الرواية على أصل أبي حنيفة في الشهادة بل على ما يقتضيه فساد الزمان من عدم الاعتداد بروايتهم ، ولم تبين عدالته ، كما لم تعتبر شهادته في القضاء عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ما لم يظهر عدالته . وعن هذا قال المصنف في كتاب الشهادات : ~~والفرض على قولنا في هذا الزمان . ويؤيد هذا التوجيه ما ذكره صاحب غاية البيان نقلاً عن شمس الأئمة السرخسي حيث قال : قال شمس الأئمة السرخسي في أصوله : وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه بمنزلة العدل في رواية الأخبار لثبوت العدالة ظاهراً بالحديث المروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . وعن عمر رضى الله تعالى عنه « المسلمون عدول بعضهم على بعض » ولهذا جواز أبو حنيفة القضاء بشهادة المستور فيما ثبتت مع الشبهات إذا لم يطعن الخصم ، ولكن ما ذكره في الاستحسان أصبح في زماننا ، فإن الفسق غالب في أهل هذا الزمان فلا يعتمد على رواية المستور ما لم تبين عدالته ، كما لا تعتبر شهادته في القضاء قبل أن تظهر عدالته انتهى . وبما ذكرنا تبين اختلال تحرير بعض المتأخرين في هذا المقام حيث قال في شرح قول المصنف ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية : أى ولا يقبل قوله في الديانات في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله . ثم قال : وجه الظاهر أنه لا بد من اعتبار أحد شرطى الشهادة ليكون الخبر ملزماً وقد سقط اعتبار العدد فبقى اعتبار العدالة انتهى . فإنه جعل ما ذكره وجهاً لأصحبه ظاهر الرواية وجهاً لنفس ظاهر الرواية عن أبي حنيفة ، فيرد عليه قطعاً أن حقيقة العدالة ليست بأحد شرطى الشهادة عند أبي حنيفة : بل يكفي ظاهر العدالة عنده في قبول الشهادة ، ولا يخفى أن ظاهر العدالة متحقق في المستور فما معنى اعتبار حقيقة العدالة في قبول قوله في الديانات في ظاهر~~

وقوله (ولا يقبل فيها) أى في العبادات (قول المستور) وقوله (جريا على مذهبه أنه يجوز القضاء به) يعنى إذا لم يطعن الخصم ، وظاهر الرواية أصبح لأنه لا بد من اعتبار أحد شرطى الشهادة ليكون الخبر ملزماً وقد سقط اعتبار العدد فبقى اعتبار العدالة . وقوله (حتى يعتبر فيهما) أى في الفاسق والمستور إذا أخبر بنجاسة الماء (أكبر الرأي)

قال (ويقبل فيها قول العبد والحرّ والأمة إذا كانوا عدولا) لأن عند العدالة الصديق راجح والقبول لرجحانه . فمن المعاملات ما ذكرناه : ومنها التوكيل . ومن الديانات الإخبار بنجاسة الماء حتى إذا أخبره مسلم مرضى لم يتوضأ به ويتيمم ، ولو كان المخبر فاسقا أو مستورا تحرى ، فإن كان أكبر رأيه أنه صادق يتيمم ولا يتوضأ به . وإن أراق الماء ثم تيمم كان أحوط . ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالإراقة . أما التحرى فمجرد ظن . ولو كان أكبر رأيه أنه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري . وهذا جواب الحكم . فأما في الاحتياط فتيمم بعد الوضوء لما قلنا . ومنها الحل والحرمة إذا لم يكن فيه زوال الملك . وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى .

الرواية عنه فتدبر (قوله ويقبل فيها قول العبد والحرّ والأمة إذا كانوا عدولا) أقول : لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن ذكر الحر هاهنا خال عن الفائدة . إذ لا يشبهه على أحد قبول قول الحر في كل أمر خطير إذا كان عدلا ، بخلاف العبد والأمة ، ولعل صاحب الكافي ذاق بشاعة ذكر الحرّ هاهنا فقال : ويقبل فيها قول العبد والأمة إذا كانا عدلين بدون ذكر الحرّ . قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : وقوله ويقبل فيها : أى في الديانات قول الحرّ والعبد والأمة لأن خبر هؤلاء في أمور الدين كخبر الحرّ إذا كانوا عدولا كما في رواية الأخبار انتهى : أقول : قد زاد هذا الشارح في الطنبور نغمة حيث أتى بمحذور آخر في كلام نفسه فإنه قال : لأن خبر هؤلاء في أمور الدين كخبر الحرّ ولا شك أن كلمة هؤلاء من جموع أمماء الإشارة فتكون هاهنا إشارة إلى الأشياء الثلاثة المذكورة وهى العبد والحرّ والأمة ، فيصير معنى كلام الشارح المذكور : لأن خبر العبد والحرّ والأمة في أمور الدين كخبر الحرّ إذا كانوا عدولا قيدخل المشبه به في المشبه ولا يخفى فساد . وقال صاحب النهاية : ويقبل فيها : أى في الديانات قول العبد والحرّ والأمة . لأن في أمور الدين خبر العبد كخبر الحرّ كما في رواية الإخبار ، وتبعه صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع . أقول في كلامهما أيضا نوع محذور ، لأنهما جعلوا الحرّ مقيسا عليه أو مشبها به . وهو داخل أيضا في المدعى هاهنا فكان مما يلزم إثباته أيضا هنا ، فكيف يتم أن يجعل مقيسا عليه أو مشبها به لأحد قرينيه قبل أن يبين حال نفسه . فالتعليل التام الشامل لكل ما ذكره المسند بقوله لأن عند العدالة الصديق راجح والقبول لرجحانه (قوله وإن أراق الماء ثم تيمم كان أحوط) أقول : هذا مشكل عندي . لأنه إذا كان أكبر رأيه أنه صادق كان نجاسة الماء راجحة عنده ، فإذا أراق هذا الماء على أعضاء الوضوء كان الراجح أن تتنجس تلك الأعضاء وإذا تنجست أعضاؤه لم تجز صلاته ما لم تطهر . والمفروض انتفاء ماء آخر مطهر . وإلا لم يغز التيمم فكان ينبغي أن يكون الاحتياط إذ ذاك في ترك الإراقة لتأديها إلى محذور شديد ، بخلاف الاحتياط بالتيمم بعد الوضوء فيما إذا كان أكبر رأيه أنه كاذب كما سيأتى من بعد ، فإن التيمم هناك بشيء ظاهر فلا يلزم محذور أصلا فليتأمل (قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالإراقة) أقول : : لقائل أن يقول : لا نسلم

وقوله (ويقبل فيها) أى أى في الديانات قول العبد والحرّ والأمة : لأن خبر هؤلاء في أمور الدين كخبر الحرّ إذا كانوا عدولا كما في رواية الأخبار لأنه يلزم بنفسه أولا ثم يتعدى منه إلى غيره فلا يكون من باب الولاية على الغير . وقوله (ما ذكرناه) إشارة إلى الهدية والإذن . وقوله (فإن كان أكبر رأيه أنه كاذب يتوضأ به) يعنى حكما لا في الاحتياط والاحتياط في التيمم بعد الوضوء ، وإن لم يترجح أحد الوجهين . فيل الأسنى الطهارة . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله أما التحرى فمجرد ظن ففيه احتمال الخطأ ، وقوله (ومنها) أى من الديانات (الحل والحرمة) يقبل فيهما خبر الواحد العدل إذا لم يتضمن زوال الملك كالإخبار بحرمة الطعام والشراب يقبل فيها قول العدل فلا يخل الأكل ولا الإطعام لأنها حق الله تعالى فيثبت بخبر الواحد ولا يخرج عن ملكه . لأن بطلان الملك لا يثبت بخبره . وليس من ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك . وأما إذا تضمن زواله فلا يقبل ، كما إذا أخبر رجل أو امرأة عدل بالزوجين بأنهما ارتضعا من امرأة واحدة . بل لا بد فيها من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لأن الحرمة هاهنا مع بقاء النكاح غير متصور فكان متضمنا لزوال الملك . فإن قيل : قد تقدم قوله لأنه لما قبل قوله

قال (ومن دعى إلى وليمة أو طعام فوجد ثمة لعبا أو غناء فلا بأس بأن يقعد ويأكل) قال أبو حنيفة رحمه الله : ابتليت بهذا مرة فصبرت . وهذا لأن إجابة الدعوة سنة . قال عليه الصلاة والسلام « من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم » فلا يتركها لما اقترن بها من البدعة من غيره . كصلاة الجنازة واجبة الإقامة وإن حضرتها نياحة . فإن قدر على المنع منهم . وإن لم يقدر يصبر . وهذا إذا لم يكن مقتدى به . فإن كان مقتدى ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد . لأن في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين . والمحكى عن أبي حنيفة رحمه الله في الكتاب كان قبل أن يصبر مقتدى به . ولو كان ذلك على المسائدة لا ينبغي أن يقعد .

سقوط احتمال الكذب مع مجرد العدالة بدون أن يصل حد التواتر . كيف وقد صرحوا في علم الأصول بأن خبر الواحد العدل وإن كان صحابيا لا يوجب اليقين . بل احتمال الكذب قائم وإن كان مرجوحا . وإلا لزم القطع بالثقيضين عند إخبار العدلين بهما ولهذا قالوا إنه لا يفيد إلا غلبة الظن دون اليقين . ويوافقه قول المصنف فيما مر لأن عند العدالة المصدق راجح والقبول أرجحانه . والجواب أن مراد المصنف باحتمال الكذب في قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب هو الاحتمال الظاهر الذي يعتد به شرعا دون مطلق الاحتمال . وعن هذا قال صاحب الكافي : ومع العدالة يسقط احتمال الكذب شرعا لأنها عبارة عن الانزجار عن المعاصي والكذب منها فكان منزجرا عنه انتهى . فإن قلت : إذا بقي احتمال ما للكذب في العدالة فما معنى قوله فلا معنى للاحتياط بالإراقة . قلت : مراده أنه لا معنى للاحتياط بالإراقة في صورة العدالة احتياطيا بها مثل الاحتياط بها في صورة التحري في خبر الفاسق أو المستور . فإن قلت : إذا كان مفاد خبر العدول هو الظن دون اليقين فما معنى قول المصنف في مقابلة ذلك وأما التحري فمجرد ظن ؟ قلت : معناه أنه مجرد تخمين وظن لا غلبة ظن . بخلاف عدالة المخبر فإن الحاصل هناك غلبة الظن وهي أقوى من الأول فافترقا (قوله وهذا لأن إجابة الدعوى سنة . قال عليه الصلاة والسلام » من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم » فلا يتركها لما اقترن بها من البدعة من غيره . كصلاة الجنازة واجبة الإقامة وإن حضرتها نياحة) قيل عليه أنه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم . ~~لأنهم إن أرادوا بقولهم إنها سنة في قوة الواجب بأنها سنة في قوة الواجب أو رد الوعيد على تاركها : قال صلى الله عليه وسلم » من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم » كناية عن العناية وعامة الشروح . أقول : الجواب منظور فيه . لأنهم إن أرادوا بقولهم إنها سنة في قوة الواجب بأنها مثل الواجب في الأحكام كما يفصح عنه قول صاحب النهاية والكفاية فيثبت الحكم فيها على وفاق ما ثبت في الواجب . فهو مشكل على قواعد علم الأصول . إذ قد تقرّر فيه كون السنة قسما للواجب ومغايرة له في الأحكام حيث صرحوا فيه بأن الواجب مما كان فعله أولى من تركه مع منع تركه . والسنة مما كان~~

أى قول المجوسى في الحل أولى أن يقبل في الحرمة . وهو يدل على أن العدالة في الخبر بالحل والحرمة غير شرط فكان كلامه متناقضا . أجب بأن ذلك كان ضمنيا . وكم من شيء ثبت ضمنا ولا يثبت قصدا . فلا تناقض لأن المراد هاهنا ما كان قصديا . قال (ومن دعى إلى وليمة أو طعام الخ) قيل الوليمة طعام العرس والغناء بالكسر السماع . قوله (كصلاة الجنازة) قيل عليه إنه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فإنه لا يازم من تحمل المخذور لإقامة الفرض تحمله لإقامة السنة . وأجب بأنها سنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها . قال صلى الله عليه وسلم « من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم » ويجوز أن يقال : وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة . وقوله (فإن قدر على المنع منهم . وإن لم يقدر يصبر) ليكون عاملا بقوله صلى الله عليه وسلم « من رأى منكم منكرا فليغيره بيده » الحديث . وقوله (ولو كان على المسائدة لا ينبغي أن لا يقعد) يشير إلى أن ما تقدم إنما جاز إذا كان الغناء في ذلك المنزل ولم يكن على المسائدة . لأنه لم يدخل تحت المعية . وأما إذا كان على المسائدة

(قوله أجب بأن ذلك كان ضمنا) أقول : ولا يمكن أن يجاب بأن الكافر قد يكون عدلا ، لأن المراد بالعدل هنا المسلم المرضي كما نص عليه المصنف هنا (قوله ويجوز أن يقال وجه التشبيه الخ) أقول : فيه بحث ، إلا أن يقال : ليس بقياس كما يشير إليه قوله وجه التشبيه . وفيه أنه تبقى المسئلة حينئذ بلا دليل .

فعله أولى من تركه بلا منع تركه : وإن تارك الواجب يستحق العقوبة بالنار وتارك السنة لا يستحقها بل يستحق حرمان الشفاعة فكيف يتصور الاشتراك في الأحكام : وإن أراوا بقولهم إنها سنة في قوة الواجب مجرد بيان تأكد سنيتها فهو لا يجدى نفعا في دفع السؤال . إذ لا يلزم من تحمل المخذور لإقامة الواجب تحمله لإقامة السنة . وإن كانت مؤكدة تأكدا تاما لظهور التفاوت بينهما في الحقيقة والأحكام فلا يتم القياس على أن صلاة الجنازة فرض لا واجب محض . فعلى تقدير أن يكون إجابة الدعوة في حكم الواجب بل نفس الواجب لا يندفع السؤال أيضا . إذ لا يلزم من تحمل المخذور لإقامة الفرض تحمله لإقامة الواجب لثبوت الفرض بدليل قطعي دون الواجب . وهذا يكفر جاحد الأول دون الثاني فلا وجه للقياس . وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال : ويجوز أن يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة . أقول : ليس هذا بشيء . لأن تشبيه إجابة الدعوة بصلاة الجنازة في مجرد الاقتران بالبدعة مع ظهور الفرق بينهما في القوة والضعف لا يفيد شيئا فقهيا . فيلزم أن يكون قول المصنف كصلاة الجنازة واجبة الإقامة وإن حضرها نياحة كالما زائدا خارجا عن صفة الفقه وحاشي له . ثم أقول : يمكن أن يجاب عن ذلك السؤال بوجه آخر . وهو أن إجابة الدعوة وإن كانت سنة عندنا ابتداء إلا أنها تنقلب إلى الواجب بقاء : أي بعد الحضور إلى محل الدعوة حيث يلزمه حق الدعوة بالترامه إجابتها كما أشار إليه المصنف فيما بعد . فيصير هذا نظير الصلاة النافلة فإنها تنقلب إلى الواجب بل إلى الفرض بالتزام إقامتها بالشرع فيها كما تقرر في محله . ولذلك لو علم المدعو البدعة قبل الحضور لزمه ترك إجابة الدعوة كما سيجيء . فيكون قوله كصلاة الجنازة واجبة الإقامة وإن حضرها نياحة قياس الواجب على الواجب في المآل فيندفع الإشكال . ثم إن صاحب الإصلاح والإيضاح رد الدليل المذكور في الكتاب حيث قال لا . لأن إجابة الدعوة سنة فلا تترك بسبب بدعة كصلاة الجنازة يحضرها النياحة . لأنه إن أراد مطلق الدعوة فلا نسلم أن إجابتها سنة . وإن أزداد الدعوة على وجه السنة فلا يتم التقريب . بل لأن حق الدعوة يلزمه بعد الحضور لا قبله . إلى هاهنا كلامه . وقصد بعض المتأخرين الجواب عن ذلك . ثم المراد بالإجابة المسنونة في قوله لأن إجابة الدعوة سنة ما يعبر عنه الإجابة ابتداء وانتهاء . والإجابة انتهاء فقط حتى يتم تقريب الدليل . لأن فرض المسئلة في دعوة اقترن بلهو وفيها لاتسن الإجابة ابتداء كما سيجيء . فإذا عرف المدعو ذلك قبل الإجابة لا يجب عليه الإجابة أصلا . وأما إذا هجم عليه ولم يعرفه كما هو المفروض بدليل قوله فوجدتمة يجب عليه الجلوس والصبر والأكل . وهذا إجابة انتهاء . فهذا ينطبق الدليل على المدعى فلا يرد عليه ما قبل إن أراد بقوله لأن إجابة الدعوة سنة أن إجابة مطلق الدعوة سنة فلا نسلم ذلك لما سيجيء أن الدعوة إذا قارنت شيئا من اللهو لم يلزمه حق الدعوة . وإن أراد أن إجابة الدعوة على وجه السنة كذلك فلا يتم التقريب . ووجه الاندفاع ظاهر . لأنه وإن لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء إذا هجم فتأمل . إلى هنا كلام ذلك البعض . أقول : لا يذهب على ذي فطنة أن هذا كلام خال عن التحصيل ابتداء وانتهاء . أما خلوه عن التحصيل ابتداء فإنه لا معنى لإجابة الدعوة انتهاء فقط ، إذ لا يتصور تحقق إجابة الدعوة انتهاء بدون تحققها ابتداء . لأن عدم تحقق إجابة الدعوة من المدعو ابتداء إنما يصور بعدم مجيئه إلى محل الدعوة أصلا لأجل إجابة تلك الدعوة ، فإذا كيف يتصور منه إجابة تلك الدعوة انتهاء . وإجابتها انتهاء فرع مجيئه إلى محل الدعوة أولا وليس فليست ، وإنما الذي يتصور وقوعه عكس ذلك وهو الإجابة ابتداء فقط : كما إذا دعى إلى وليمة أو غيرها فأجاب وذهب إلى محل الدعوة فوجدتمة لعبا أو غناء فلم يقعد ولم يأكل فإنه يوجد هناك الإجابة ابتداء لا انتهاء كما لا يخفى ، وصورتها الشرعية فيما إذا كان المدعو مقتدى ولم يقدر على منعهم كما سيجيء في الكتاب . والعجب أن ذلك القائل ذكر الإجابة ابتداء وانتهاء والإجابة انتهاء فقط ، ولم يذكر الإجابة ابتداء فقط ، وكتب تحت قوله والإجابة انتهاء فقط . أما عكسه وهو القسم الثالث هاهنا فلا يتصور وقوعه . فزعم ما هو متصور

الوقوف غير متصور الوقوع وبالعكس، ولم يدر أن تحقق انتهاء الشيء في الخارج يستلزم تحقق ابتدائه فيه دون العكس كما لا يخفى .
وأما خلوه كلامه عن التحصيل انتهاء فلا أن الظاهر من قوله ووجه الاندفاع ظاهر لأنه وإن لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه
انتهاء إذا هجم أنه اختار كون المراد أن إجابة مطلق الدعوة سنة . لأن عدم لزوم حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء كان من
متفرعات منع ذلك . ولكن ما ذكره في وجه الاندفاع ليس بسديد . لأنه إذا علم المدعو قبل الحضور أن الدعوة قارنت شيئاً
من البدعة لم يلزمه الإجابة أصيلاً كما سيحجى في الكتاب . وذكره ذلك القائل أيضاً في أثناء كلامه : ويكفي لسند منع أن إجابة
مطلق الدعوة سنة هذه الصورة فقط . فلا وجه لقوله لأنه وإن لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء إذا هجم . لأن
لزوم حق الدعوة للمدعو انتهاء إذا هجم عليه إنما يكون بأن علم ذلك بعد الحضور وهو صورة أخرى غير الصورة الأولى
التي هي السند للمنع المذكور : ولا شك أنه لا يلزمه حق الدعوة في الصورة الأولى لا ابتداء ولا انتهاء . فكيف يكون ما ذكره
وجهاً للاندفاع . والصواب في الجواب عما ذكره صاحب الإصلاح والإيضاح اختيار الشق الثاني من تردده . وهو كون
المراد أن إجابة الدعوة على وجه السنة فتكون الإجابة سنة وبيان تمام تقريب الدليل بأن الدعوة على ثلاثة أوجه : الأول إن دعى
إلى وليمة أو طعام ولم يكن ثمة شيء من البدع أصلاً . والثاني إن دعى إلى ذلك ولم يذكر حين الدعوة أن ثمة شيئاً من البدع ولم
يعلمه المدعو قبل الحضور ولكن هجم عليه . والثالث إن دعى إلى ذلك وذكر أن ثمة شيئاً من البدع فعلمه المدعو قبل الحضور .
ففي الوجهين الأولين كانت الدعوة على وجه السنة فتكون الإجابة سنة . وفي الوجه الثالث لم تكن الدعوة على وجه السنة فلا
تكون الإجابة لازمة للمدعو أصلاً . والمسئلة التي نحن فيها من الوجه الثاني من تلك الأوجه فيتمشى فيها الدليل المذكور فيتم
التقريب تأمل تقف (قوله وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا ينحصر) أقول : لقائل أن يقول : الحديث المذكور
يعم جميعاً ما قلناه ، إذ قد تقرر في علم الأصول أن المعرفة باللام إذا لم تكن للعهد الخارجي فهو للاستغراق . والدعوة
في قوله عليه الصلاة والسلام « من لم ينجب » أي القاسم « معرفة باللام » ولم يظهر هناك معهود خارجي فهي
للاستغراق فنعم كل دعوة . والجواب أنه إن كان عاماً من حيث اللفظ فهو مخصوص بالنصرتين ~~بالصلوات على~~ وجوب الاجتناب
عن اقتراب تلك البدع بلا ضرورة توفيقاً بين النصوص مهما أمكن : وقد دعت الضرورة إلى الصبر فيما إذا علم بعد الحضور
لأنه قد لزمه حق الدعوة . بخلاف ما إذا علم قبل الحضور إذ لم يلزمه ذلك هناك كما بينه المصنف هناك فافترقا (قوله ودلت
المسئلة على أن الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيبي) لأن محمداً رحمه الله أطلق اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة
اللعب والغناء فاللعب وهو اللهو حرام ، كذا في العناية ، وهذا القدر من التعليل كاف في بيان دلالة المسئلة على أن الملاهي
كلها حرام هو الصحيح المختار عندى ، وقد زاد جمهور الشراح على ذلك كلاماً آخر حيث قالوا : فاللعب وهو اللهو حرام
كان قاعداً مع القوم الظالمين وقوله (ودلت المسئلة على أن الملاهي كلها حرام) لأن محمداً رحمه الله أطلق اسم اللعب والغناء
بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فاللعب وهو اللهو حرام . لا يقال : الحياة الدنيا لعب وهو لقوله تعالى - اعلموا أنما الحياة الدنيا
لعب ولهو - والحياة الدنيا ليست بحرام لأن الحاصل من هذا القياس بعض اللهو ، واللعب ليس بحرام وهو ما استثناه النبي صلى
الله عليه وسلم في قوله « هو المؤمن باطل إلا في ثلاث : تأديبه لفرسه : ورميه عن قوسه : وملاعبته مع أهله » . وقوله (بضرب
القضيبي) عني به خشب الحارس .

(قال المصنف : ولو علم قبل الحضور لا يحضره) أقول : فيه كلام لأن الحديث ينتظمه (قوله لقوله تعالى - اعلموا أنما الحياة الدنية لعب - الخ) أقول : المراد بها أمور الدنيا : أعني ما لا يتوصل به إلى الفوز الآجل (قوله ليس بحرام) أقول : يعنى مطلقا (قوله لأن الحاصل من هذا القياس بعض اللهو الخ) أقول : لكن القياس الأول يقتضى الكلية كما لا يخفى . ثم إن الأولى أن يجاب بأن الكلام على التشبيه فليقتل (قوله وهو ما استثناه النبي عليه الصلاة والسلام) أقول : فيه نظر يظهر وجهه بالنظر في كتب التفسير .

بالنص ، قال النبي صلى الله عليه وسلم « هو المؤمن باطل إلا في ثلاث : تأديبه فرسه » وفي رواية « ملاعبته بفرسه : ورميه عن قوسه ، وملاعبته مع أهله » وهذا الذى ذكره محمد ليس من هذه الثلاث فكان باطلا انتهى . أقول : فيه كلام : أما أولا فلأن زيادة قولهم بالنص في قولهم فاللعب وهو اللهو حرام بالنص يدل على أن الدليل على حرمة اللهو هو النص : والكلام في لالة المسئلة على ذلك فلا يتم التقريب ، بخلاف ما إذا لم يوث بتلك الزيادة إذ يكون قولهم فاللعب وهو اللهو حرام إذ ذاك متفرعا على ما قبله وهو إطلاق محمد اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء : فيصير حاصل التعليل أن محمدا لما أطلق اسم اللعب والغناء في هاتيك المسئلة ولم يقيده بنوع علم أن اللعب الذى هو اللهو حرام مطلقا وهو جيد مفيد للمدعى . وأما ثانيا فلأن قولهم وهذا الذى ذكره محمد ليس من هذه الثلاث فكان باطلا ينافى قولهم في أول التعليل لأن محمدا أطلق اسم اللعب والغناء : إذ على تقدير أن لا يكون ما ذكره محمد في هاتيك المسئلة من هذه الثلاث يلزم أن لا يكون اسم اللعب فيها مطلقا ، بل أن يكون مقيدا بغير هذه الثلاث . لا يقال : مرادهم بإطلاق محمد اسم اللعب لإطلاقه بالنسبة إلى ما عدا هذه الثلاث لا بالنسبة إلى كل لعب فلا تنافى . لأننا نقول : لا يساعده لفظ محمد لأنهم إنما أخذوا إطلاق اسم اللعب من قوله فوجد ثمة اللعب والغناء . ولا يخفى أن قوله المذكور إنما يقتضى الإطلاق بالنسبة إلى جنس اللعب لا بالنسبة إلى بعض منه وهو ما عدا الثلاث المذكورة . ثم أقول : بقى شيء في أصل كلام المصنف : وهو أنه لو اعتبرت دلالة المسئلة المذكورة على أن الملاهى كلها حرام وجاز العمل بهذه الدلالة لزم القول بحرمة الصور الثلاث المستثناة في الحديث أيضا ولم يقل بها أحد . اللهم إلا أن يقال : تلك الثلاث مستثناة في كلام محمد تقديرا بناء على كونها مستثناة في الحديث صريحا ويجعل شهرة الحديث قرينة على ذلك . ثم إن صاحب العناية قال : لا يقال ه الحياة الدنيا لعب وهو لقوله تعالى - اعلّموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو - والحياة الدنيا ليست بحرام لأن الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام ، وهو ما استثناه النبي صلى الله عليه وسلم في قوله « هو المؤمن باطل إلا في ثلاث : تأديبه فرسه ، ورميه عن قوسه ، وملاعبته مع أهله » انتهى كلامه . أقول : أراد بالقياس في قوله لأن الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام القياس المنطقي الذى ذكر في السؤال على الشكل الثالث من الأشكال الأربعة بقسمة الاقتراعى وبالحاصل منه نتيجة ، وأشار بقوله بعض اللهو واللعب إلى جزئية تلك النتيجة بناء على أن الشكل الثالث لا ينتج إلا جزئية كما تقرر في موضعه فبطل قول بعض الفضلاء هنا : لكن القياس الأول يقتضى الكلية كما لا يخفى ، فكأنه غفل عن كون القياس المذكور على الشكل الثالث أو عن كون نتيجة الشكل الثالث جزئية لا غير . وقال بعض المتأخرين هنا : إن شرط إنتاج الشكل الثالث كلية لإحدى مقدمتيه وهى هاهنا منتفية انتهى . أقول : ليس هذا أيضا بصحيح ، إذ الظاهر أن كلتا مقدمتى القياس المذكور كليتان صغريهما موجبة كلية وكبراهما سالبة كلية وإن حمل السلب في الثانية على رفع الإيجاب الكلى دون السلب الكلى فكلية الأولى مقررة ، وأداة صور الكلية هى اللام الاستغرافية الداخلة على الحياة الدنيا ، وليست أداة صورها بمنحصرة في لفظة كل ، بل كل ما يدل على الكلية من الألفاظ فهو أداة صورها كما صرحوا به . ثم أقول : في الجواب الذى ذكره صاحب العناية نظر ، فإن قوله لأن الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام جيد . وأما قوله وهو ما استثناه النبي عليه الصلاة والسلام فلا ، لأن القياس المذكور إنما ينتج أن بعض اللهو واللعب وهو الحياة الدنيا ليس بحرام ، فإن الذى كان حداً أوسط في ذلك القياس هو الحياة الدنيا ، فهى المراد بالبعض في النتيجة ، ونظير هذا ما إذا قلنا كل إنسان حيوان ولا شيء من الإنسان بفرس ، فإنه ينتج أن بعض الحيوان الذى هو الإنسان ليس بفرس لا أن بعضه أى بعض كان ليس بفرس ، وإلا لم يكن للحد الأوسط تأثير ودخل في النتيجة وليس كذلك قطعاً ، وهذا كله غير خاف على من له دربة بعلم الميزان .

وكذا قول أبي حنيفة رحمه الله ابتليت ، لأن الابتلاء بالمحرم يكون .

فإذا كانت النتيجة في القياس المذكور أن بعض اللهو واللعب الذي هو الحياة الدنيا ليس بحرام فلا معنى لتخصيصه بالصور الثلاث المستثناة في الحديث لأن ما لا يحرم من أمور الحياة الدنيا كثير لا يحصى فما الوجه للتخصيص على أن ما ذكره من الجواب لا يحسم مادة السؤال لإمكان أن يورد السؤال بصورة القياس الاستثنائي . ويقال : لو كانت الملاهي كلها حراما لكانت الحياة الدنيا أيضا حراما لأنها لعب ولهو . لقوله تعالى - اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو - ولكن الحياة الدنيا ليست بحرام ينتج أن الملاهي كلها ليست بحرام . ولا شك أن الجواب المذكور لا يتمشى حينئذ . فالصواب في الجواب أن يقال ليس المراد بقوله تعالى - اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو حقيقة بل المراد والله أعلم أنها كالعاب ولهو على طريق التشبيه البليغ : يعني أنها كاللعب واللهو في سرعة فنائها وانقضائها . صرح به في التفسير فلا يلزم من عدم حرمة الحياة الدنيا عدم حرمة اللعب واللهو أيضا كما لا يخفى (قوله وكذا قول أبي حنيفة ابتليت لأن الابتلاء بالمحرم يكون) يعني ودل أيضا قول أبي حنيفة ابتليت على أن الملاهي كلها حرام ، لأن الابتلاء لا يكون إلا بالمحرم ، وقد أشار إلى هذا القصر بتقديم الجار والمجرور على الفعل في قوله بالمحرم يكون . أقول : لقائل أن يقول : دلالة قوله ابتليت على حرمة ما وجده ثمة مسلمة بناء على أن الابتلاء لا يكون إلا بالمحرم . وأما دلالة على حرمة كل الملاهي كما هو المدعى فمنوعة ، كيف وقد قال ابتليت بهذا مرة انتهى . ولا شك أن ما ابتلى به مرة لا يكون كل الملاهي : بل إنما يكون شيئا معينا منها . واعترض عليه صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال في شرح الوقاية . قالوا قوله ابتليت يدل على الحرمة . ويمكن أن يقال : إن الصبر على الحرام لإقامة السنة لا يجوز ، والصبر الذي قاله أبو حنيفة جاز أن يكون جالسا معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مشغول ولا متلذذ به اه .

~~تقبل ذلك ساقط . لأن إجابة الدعوة وإن كانت سنة ابتداء إلا أنها تصير واجبة بقاء حيث يلزمه حق الدعوة بعد الحضور لا لزامه الإجابة بالحضور . ما هو المانع من الصلاة والصوم ونحوهما فإن كلا منها تصير واجبة بالشروع فيها فكان الصبر على الحرام فيما قال أبو حنيفة لإقامة الواجب فيجوز كما في صلاة الجنازة إذا حضرته المنيعة ، وقد مرّ منا مثل هذا الجواب فيما قبل فتذكر . ثم إن جواز كون أبي حنيفة جالسا معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مشغول ولا متلذذ به لا يدفع حرمة ذلك اللهو ولا حرمة الجلوس عليه ، إذ قد ذكر في الكافي والشروح أن الصدر الشهيد روى في كراهية الوقعات عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « استماع الملاهي معصية ، والجلوس عليها فسق . والتلذذ بها من الكفر » ومداول هذا الحديث أن مجرد الجلوس على فسق اللهو فأن يتصور اختيار ذلك من مثل الإمام الأعظم لو لم يعارض وجوب إجابة الدعوة بعد الحضور شر من ذلك فتأمل . وقد أورد صاحب الإصلاح والإيضاح ما أورده صدر الشريعة مع زيادة بعض من المقدمات سببا في أول إيراده حيث قال بعد قوله ودل قوله على حرمة كل الملاهي لأن الابتلاء بالمحرم يكون كذا قالوا وفيه نظر فإن الابتلاء يستعمل فيما هو محظور العواقب أو كان مباحا ، ومنه قوله عليه الصلاة والسلام « من ابتلى بالقضاء » الحديث . ثم إن الصبر على الحرام رعاية لحق الدعوة لا يجوز ، لأن السنة تترك حذرا عن ارتكاب المحظور ، فالظاهر أنه جلس معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مستمتع له فلم يتحقق منه الجلوس على اللهو . فعلى هذا لا يكون مبتلى بحرام انتهى . وقد نقله بعض المتأخرين بفتح صير وتحريف وعزاه في الحاشية إلى صاحب الإصلاح والإيضاح . ثم قصد رده فأتى بكلام مفصل مشوش قابل للدخل والخروج تركنا ذكره وبيان ما فيه تحاشيا عن الإطناب الممل . ومن شاء فليراجع كتابه .~~

وقوله (وكذا قول أبي حنيفة) معطوف على قوله ودلت المسئلة .

(فصل في اللبس)

قال (لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء) «لأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن لبس الحرير والديباج وقال : إنما يلبسه من لاخلاق له في الآخرة» وإنما حل للنساء بحديث آخر . وهو ما رواه عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم علي رضي الله عنه « أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج ويأخذ بيديه حرير وبالأخرى ذهب وقال : هذان محرمان على ذكور أمتي حلال لإناثهم » ويروي « حل لإناثهم »

(فصل في اللبس)

قال صاحب النهاية : لما ذكر مقدمات مسائل الكراهية ذكر ما يتوارد على الإنسان مما يحتاج إليه بالفصول فقدم اللبس على الوطء لأن الاحتياج إلى اللبس أشد منه إلى الوطء ، انتهى كلامه . واقتنى أثره صاحب العناية في هذا المعنى ولكن بعبارة أقصر . أقول : صدور هذا التوجيه منهما في غاية الاستبعاد فإن مقتضاه الغتلة عما تقدم من الفصل الأول المعقود لبيان الأكل والشرب ، وما ذكره فيه من مسائل كثيرة متعلقة بالأكل والشرب مقصودة بالذات غير صالحة لأن تكون من مقدمات مسائل الكراهية كما ترى . والصواب في وجه الترتيب أن يقال : قدم فصل الأكل والشرب لأن احتياج الإنسان إلى الأكل والشرب أشد ، وعقبه بفصل اللبس فقدمه على فصل الوطء لأن احتياج الإنسان إلى اللبس أكثر من احتياجه إلى الوطء لتحقيق الأول في جميع الأوقات دون الثاني ، وقد أشير إلى هذا التوجيه في معراج الدراية (قوله) وإنما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة إلى آخره) لما ذكر حرمة لبس الحرير على الرجال وحله للنساء ، واستدل على الحرمة بما يعم الرجال والنساء لزمه أن يقول : وإنما حل للنساء بحديث آخر . فإن قيل : المحرم والمباح إذا اجتماعا يجعل المحرم متأخرا كي لا يلزم النسخ مرتين . وهنا لو تأخر قوله عليه الصلاة والسلام « هذان حرامان الحديث » يلزم النسخ مرتين في حق الإناث فيجعل قوله عليه الصلاة والسلام « حل لإناثهم » مقدما . قلنا : قوله « إنما يلبسه من لاخلاق له في الآخرة » يحتمل أن يكون بيانا لقوله « حرامان » على ذكره . لأن هذا وعيد لا بيان حكم فيحصل عليه تقليلا للنسخ ، ولأن قوله « هذان حرامان » الحديث نص لبيان التفرقة في (

(فصل في اللبس)

لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية ذكر تفصيل ما يحتاج إليه الإنسان ، وقدم اللبس لكثرة الاحتياج إليه . قال (لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء الخ) لما ذكر الحرمة والحل استدلل على الحرمة بقوله صلى الله عليه وسلم « إنما يلبسه من لاخلاق له في الآخرة » وهو عام في الذكر والأنثى لزم أن يقول (وإنما حل للنساء بحديث آخر) فإن قيل : الحديث الدال على حله لمن إما أن يكون قبل الأول فينسخ به أو بعده فيتعارضان ، لأن العام كالخاص في إفادة القطع عندنا ، أو لا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متأخرا لئلا يلزم النسخ مرتين . فالجواب أنه بعده بدليل استعماله إياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير تكبير ، وذلك آية قاطعة على تأخره فينسخ به المحرم ، وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع . فإن قيل : قوله صلى الله عليه

(فصل في اللبس)

(قوله لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية) أقول : فيه بحث ، فإن أول الفصول معقود لبيان الأكل والشرب كما ترى ، وقبول الأغيار وغيره مذكور لأجله لتعلقه به ، والتعميم بمثل المتوضى إذا أخبر بنجاسة الماء ليتم الفائدة ، وهو ظاهر (قوله وقدم اللبس الخ) أقول : بل المقدم هو الأكل والشرب لشدة الاحتياج (قوله واستدل على الحرمة بقوله عليه الصلاة والسلام « إنما يلبسه من لاخلاق له في الآخرة » وهو عام في الذكر والأنثى) أقول : لم يتمرض لعموم النهي لأظهرية العموم فيما ذكره ، مع أنه فسر قول المصنف . لما العمومات بالنهي عن لبس الحرير أيضا لاحتمال توهم دعوى الخصوصية بالرجال في النهي مستندا بلفظ « لا تلبسوا » (قوله إما أن يكون قبل الأول فينسخ به الخ) أقول : فإن قيل : ينبغي أن ينسخ أيضا في الوجه الأول . قلنا : للمحرر رجحان فتأمل (قوله أو بعده فيتعارضان) أقول : بل ينسخ الأول به فلا تمشية للسؤال وهو حاصل الجواب (قوله وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع) أقول : على أن الإباحة الأصلية

(إلا أن القليل عفو وهو مقدار ثلاثة أصابع أو أربعة كالأعلام والمكفوف بالحرير) لما روى «أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن لبس الحرير إلا موضع إصبعين أو ثلاثة أو أربعة» أراد الأعلام . وعنه عليه الصلاة والسلام «أنه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير» . قال (ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة ، وقالوا : يكرهه) وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول أبي يوسف . وإنما ذكره القدوري وغيره من المشايخ .

حق الحل والحرم للذكور والإناث . وقوله «إنما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة» لبيان الوعيد في حق من لبس الحرام فكانا كالظاهر والنص والنص راجح على الظاهر . أو نقول : الدليل دل على أن مقتضى الحل للإناث متأخر . وهو استعمال الإناث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير تكبير . وهذا آية قاطعة على تأخره . كذا ذكر السؤال والجواب في شرح تاج الشريعة والكفاية . قال صاحب العناية في تقرير السؤال : والجواب هنا . فإن قيل : الحديث الدال على حله لمن إمام أن يكون قبل الأول فينسخ به أو بعده فيتعارضان ، لأن العام كالخاص في إفادة القطع عندنا أو لا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متأخرا لئلا يلزم النسخ مرتين . فالجواب أنه بعده بدليل استعماله من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير تكبير . وذلك آية قاطعة على تأخره فينسخ به المحرم ، وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع انتهى كلامه . أقول : تقرير السؤال على الوجه الذي ذكره صاحب العناية ليس بسديد ، لأن الترديد المثلث المذكور فيه قبيح جدا بل مختل المعنى ، فإنه إن أراد بقوله في الشق الثاني فيتعارضان أنهما حينئذ يتعارضان فيتساقطان فليس بصحيح ، إذ المؤخر يكون ناسخا للمقدم البتة عند التعارض والتساوي في القوة ، وإنما التساقط فيما إذا لم يعلم التاريخ ولم يمكن الجمع بينهما بطلب الخلف كما تقرر كل ذلك في علم الأصول ، وإن أراد بذلك أنهما يتعارضان ويكون المؤخر ناسخا للمقدم فهو يدفع السؤال عن المقام فلا وجه للدرجة في جانب السؤال . وأقول : في الجواب الذي ذكره أيضا شيء ، وهو أنه ذكر في الشروح وسائر المعتمديات أنه قال بعض الفقهاء : لبس الحرير حرام على النساء أيضا لعموم النهي . ولما حدث الطحاوي عن أبي بكرة عن أبي داود عن شعبة قال : أخبرني أبو ذبيان قال : سمعت ابن الزبير يخاطب يقول : ~~يا أيها الناس لا تلبسوا نسائك الحرير فإنني سمعت عمر بن الخطاب يقول : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول~~ «من لبس الحرير في الدنيا لم يلبسه في الآخرة» فقد ظهر أن بعض الفقهاء ~~سما ابن الزبير~~ ~~نسخ الله تعالى عنه أنكر~~وا استعمال النساء الحرير فكيف يتم أن يقال في الجواب إنه بعده بدليل استعماله من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير تكبير فتأمل . ثم قال صاحب العناية : فإن قيل : قوله صلى الله عليه وسلم «هذان حرامان» إشارة إلى جزئيين ، فمن أين العموم ؟ أجيب بأن المراد الجنس ، ولئن كان شخصا فغيره ملحق به بالدلالة انتهى . أقول : فيه بحث . وهو أنه قد تقرر في علم الأصول أن عبارة النص ترجع على إشارته وإشارته ترجع على دلالة ، فعلى تقدير أن يكون غير الشخص المشار إليه في قوله عليه الصلاة والسلام «هذان حرامان» الحديث ملحقا به بالدلالة يلزم أن يرجح الحديث الدال عبارة أو إشارة على حرمة لبس الحرير مطلقا على الذكر والأنثى كقوله عليه الصلاة والسلام «إنما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة» على هذا الحديث في حق ما أفاده دلالة وهو حل لبس الحرير الذي هو غير الشخص المشار إليه في هذا الحديث للنساء ، فيلزم أن لا ينتهض هذا الحديث حجة لحل لبس الحرير الغير المشار إليه في الحديث للنساء فمن أين ثبت العموم (قوله ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة . وقالوا : يكرهه) قال الشراح : يعني للرجل والمرأة جميعا بخلاف اللبس . ومأخذهم الخلاصة فإنه قال فيها : والرجل والمرأة في هذا سواء . بخلاف اللبس . وعن هذا قال في النهاية . كذا في الخلاصة . وقال في معراج الدراية : ذكره في الخلاصة . أقول : تعميم قول الإمامين هنا للمرأة أيضا وسلم «هذان حرامان» إشارة إلى جزئيين فمن أين العموم ؟ أجيب بأن المراد الجنس ولئن كان شخصا فغيره يلحق به بالدلالة . وقوله (قالا : ويكرهه) يعني للرجل والمرأة جميعا ، بخلاف اللبس .

ليست بحكم شرعي فلا يلزم تكرار النسخ على ما حقق في مقامه (قال المصنف : إلا أن القليل عفو وهو مقدار ثلاثة أصابع أو أربع) أقول : الأصابع يذكر ويؤنث ، فذكر في ثلاثة وأنث في أربعة (قوله وقالوا : يكرهه) يعني للرجل والمرأة جميعا (أقول : كيف يقولان في قوله عليه الصلاة والسلام «حلل لإناثهم» .

وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الأبواب . لهما العمومات ، ولأنه من زى الأكاسرة والجبابة والتشبه بهم حرام . وقال عمر رضي الله عنه : إياكم وزى الأعاجم . وله ما روى « أنه عليه الصلاة والسلام جلس على مرفقة حرير . وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رضي الله عنهما مرفقة حرير ، ولأن القليل من الملبوس مباح كالأعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال . والجامع كونه نموذجاً على ما عرف . قال (ولا بأس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما) لما روى الشعبي أنه عليه الصلاة والسلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب « ولأن فيه ضرورة فإن الخالص منه أذعن لمعرة السلاح وأهيب في عين العدو لبريقه (ويكره عند أبي حنيفة) لأنه لا فصل فيما رويناه . والضرورة اندفعت بالمخاطو وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك ، والمخطور لا يستباح إلا للضرورة .

مشكل . فإن قول النبي صلى الله عليه وسلم « حلال لإناهم » ليس بمقيد باللبس بل الظاهر أنه يعم التوسد والنوم عليه أيضاً . وهما مع كونهما مستدلين على مدعاها هاهنا بالعمومات كيف يتركان العمل بعموم هذا الحديث المشهور الذي روته جماعة من كبار الصحابة رضي الله عنهم (قوله لهما العمومات) قال صاحب النهاية : وهي ما ذكره من قوله « نهى عن لبس الحرير » وقوله « إنما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة » وما روى عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه استقبل جيشاً من الغزاة رجعوا بفنائهم ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم أعرض عنهم ، فقالوا : لم أعرضت عنا قال : لأنى رأيت عليكم ثياب أهل النار انتهى . واقتنى أثره صاحب العناية في بيان المراد من العمومات بهذه المذكورات . أقول : حمل العمومات على هذه المذكورات لا يكاد يتم . لأن مدلول كل من هذه المذكورات إنما هو حرمة لبس الحرير . والكلام هاهنا في توسده والنوم عليه . والظاهر أنهما ليسا بلبس ، إلا أن يقال لمن توسد شيئاً أو نام عليه إنه لبسه لا في اللغة ولا في العرف فأنى يوجد العموم ، اللهم إلا أن يقال : التوسد والافتراش وإن لم يكونا لبساً في الحقيقة إلا أنهما في حكم اللبس في تحقق الاستعمال والانتفاع بهما فصار ملحقين باللبس عندهما ، وكان مرادهما بالعموم هو العموم دلالة لا عبارة لكنه تعسف جداً كما لا يخفى . وقال تاج الشريعة في بيان العمومات : هي « وهذان حرامان » الحديث . وقوله عليه الصلاة والسلام « لأن أتكنى على حجرة الغضا أحب إلى من أن أتكنى على مرفقة حرير » وعن علي رضي الله عنه أنه أتى بدابة على سرجها حرير فقال : هذا لم في الدنيا ولنا في الآخرة انتهى . واقتنى أثره صاحب الكفاية في هذا البيان . أقول : هذا أشبه من الأول . ولكن فيه أيضاً شيء . فإن العموم في الحديث الأول ظاهر حيث لم يقيد الحرمة فيه بشيء من اللبس والتوسد وغيرهما : وأما في الأخيرين فلا . لأن الثاني مخصوص بالانكاء والثالث مخصوص بما يفعل في السرج من القعود والافتراش فلم يظهر في شيء منهما العموم إلا أن ينظر في الثالث إلى مجرد قوله هذا لم في الدنيا ولنا في الآخرة مع قطع النظر عما قبله فحينئذ يتحمل العموم كما ترى (قوله والمخطور لا يستباح إلا للضرورة) قال بعض المتأخرين : قوله والمخطور لا يستباح إلا للضرورة يوهم أن ما لحمته حرير وسداه غيره مباح في غير الحرب أيضاً . فحق التعبير والضرورة اندفعت بإباحة الأدنى فلا حاجة إلى استباحة الأعلى ، ولو حملنا المعنى على المخطور لا يستباح إلا للضرورة فإذا أمكن اندفاعها بالأدنى منه لا يصار إلى استباحة الأعلى

وقوله (لهما العمومات) يريد به قوله « نهى عن لبس الحرير » وقوله « وإنما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة » وما روى عن عمر رضي الله عنه أنه استقبل جيشاً من الغزاة رجعوا بفنائهم ولبسوا الحرير . فلما وقع بصره عليهم أعرض عنهم . فقالوا : لم أعرضت عنا ؟ قال : لأنى أرى عليكم ثياب أهل النار . والمرفقة بكسر الميم : وسادة الانكاء . وقوله (والجامع كونه نموذجاً) يريد به أن المستعمل يعلم بهذا المقدار لذة ما وعد له في الآخرة منه ليرغب في تحصيل سبب يوصله إليه . وقوله (لا فصل فيما رويناه) يريد به قوله صلى الله عليه وسلم « هذان حرامان على ذكور أمتي » .

(قوله يريد به قوله نهى عن لبس الحرير) أقول : التوسد والنوم عليه ليس لبساً فكيف يستدل به : إلا أن يقال ذلك في معناه . وقد مر مثله في الفصل الأول .

وما رواه محمول على المخلوط . قال (ولا بأس بلبس ما سدها حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره) لأن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخبز ، والخز مسدى بالحرير ، ولأن الثوب إنما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى . وقال أبو يوسف : أكره ثوب القز يكون بين القرو والظاهرة ، ولا أرى بمشوا القز بأسا لأن الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس . قال (وما كان لحمته حريرا وسدها غير حرير لا بأس به في الحرب) للضرورة (ويكره في غيره) لانعدامها ، والاعتبار باللحمة على ما بينا .

كان الكلام من قبيل الإيجاز المخل ، إلى هنا كلامه . أقول : ليس هذا بشيء ، فإن جميع مقدماته مجروح . أما قوله والمخطوط لا يستباح إلا للضرورة يوم أن ملحمته حرير وسدها غير مباح في غير الحرب أيضا ، فلأن ذلك الإيهام إنما يتصور أن لو تحققت الضرورة في غير الحرب أيضا وليس فليس . وأما قوله فحق التعبير والضرورة اندفعت باباحة الأدنى فلا حاجة إلى استباحة الأعلى فلأن حق التعبير كيف يكون ذلك . ويرد عليه أن يقال : يجوز أن يكون استباحة الأعلى للتوسعة بها لا للحاجة إليها فلا بد في دفع ذلك من المصير إلى قول المصنف والمخطوط لا يستباح إلا للضرورة . وأما قوله ولو حملنا المعنى إلى قوله كان الكلام من قبيل الإيجاز المخل فلأنه إنما يكون الكلام على ذلك المعنى من قبيل الإيجاز المخل أن لو كان قوله فإذا أمكن اندفاعها بالأدنى منه لا يصار إلى استباحة الأعلى مقدرا في كلام المصنف . وأما إذا كان مضمون ذلك القول مفهوما من المقدمة السابقة وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط كما هو حقيقة الحال فلا يوجد الإيجاز المخل في الكلام الذي ذكره المصنف كما لا يخفى ، وكان ذلك البعض لم يلاحظ ارتباط هذه المقدمة . أعني قوله والمخطوط لا يستباح إلا للضرورة بالمقدمة السابقة عايبا وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط . ولا شك أن قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط شروع في الجواب عن دليلهما العقلي وهو قولهما ولأن فيه ضرورة الخ ، وقد اعترف به ذلك البعض في شرحه المقام . ثم لا يذهب على القطن أن الجواب عن ذلك لا يتم بمقدمة واحدة ، فقوله والمخطوط لا يستباح إلا للضرورة من تمام الجواب . والمعنى أن المخطوط الشرعي لا يستباح إلا للضرورة ، والضرورة فيما نحن فيه قد اندفعت بالمخلوط المعنى ~~الذي هو من باب أولى~~ ذلك . فلا مجال لاستباحة الخالص منه ، فالمقدمة الثانية في تقرير المصنف مقدمة في المعنى إلا أنه أخرها في الذكر لكون مساس المقدمة الأولى بدليلها العقلي أكثر ، وتأثيرها في الجواب عن ذلك الدليل أظهر ،

فلا غبار في كلام المصنف هاهنا أصلا تأمل ترشد (قوله وما رواه محمول على المخلوط) أقول : فيه نظر . لأن ما رواه ترخيص النبي صلى الله عليه وسلم في لبس الحرير والديباج في الحرب والحمل على المخلوط إن صح في الحرير لا يصح في الديباج ، لأن الديباج في اللغة والعرف ما كان كله حريرا . قال في المغرب الديباج الذي سدها ولحمته إبريسم . وقال الشراح : جملة وجوه هذه المسئلة ثلاثة : الأول ما يكون كله حريرا وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق ، وأما في الحرب فعند أبي حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز . والثاني ما يكون سدها حريرا ولحمته غيره فلا بأس بلبسه في الحرب وغيره . والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب دون غيره . فقد صرحوا في كلامهم هذا بأن الديباج ما كان كله حريرا فلا مجال للحمل على المخلوط في حقه (قوله ولأن الثوب إنما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى) قال جمهور الشراح في تعليل هذا لأن الحكم إذا

وقوله (والخز مسدى بالحرير) قبل هو اسم لثوب سدها حرير ولحمته صوف حيوان في الماء . وجملة وجوه هذه المسائل ثلاثة : الأول ما يكون كله حريرا وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق ، وأما في الحرب فعند أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز . وعندهما يجوز وقد مر الوجه من الجاهلين . والثاني ما يكون سدها حريرا ولحمته غيره فلا بأس بلبسه في الحرب وغيره ، لأن الحكم إذا تعلق بعله ذات وصفين يضاف إلى آخرهما وجودا واللحمة كذلك . والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب للضرورة وهو إيقاع الهبة في عين العدو لبريقه ودفع معرفة السلاح ، ولا ضرورة في غيره فيكون مكروها . وقوله (على ما بينا) إشارة إلى قوله لأن الثوب إنما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة . روى هشام عن محمد رحمه الله أنه ما كان يرى باللباس المرتفع جدا بأسا ، قال : « خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وعليه رداء قيمته ألف درهم . وزعموا قام إلى الصلاة وعليه رداء قيمته

قال (ولا يجوز للرجال التحلى بالذهب) لما روينا (ولا بالفضة) لأنها في معناه (إلا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة) تحقيقا لمعنى النموذج : والفضة أغنت عن الذهب إذ هما من جنس واحد ، كيف

تعلق بعلّة ذات وصفين يضاف الحكم إلى آخرهما واللحمة آخرهما انتهى . وقال بعض المتأخرين : وقد يقال لأن الثوب لا يكون ثوبا إلا بهما : والشئ إذا تعلق وجوده بشيئين يضاف إلى آخرهما وجودا . أقول : لا يخفى أن المصنف لم يعتبر في التعليل كون اللحمة آخر جزء من الثوب ولم يلتفت فيه إلى المقدمة القائلة : إذا تعلق وجود شئ بشيئين يضاف إلى آخرهما وجودا . فيكون كل ما ذكر دليلا مستقلا منقطعا عن الآخر يرشدك إليه قول الزيلعي لأن الثوب لا يصير ثوبا إلا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة . أو نقول : الثوب لا يكون ثوبا إلا بهما فتكون العلة ذات وجهين فيعتبر آخرهما وهو اللحمة انتهى . لكن لا يخفى عليك أن القول بأن النسج يكون باللحمة وهم بل هو باللحمة والسدى معا فالتعويل على الدليل الثاني ، ولهذا عدل عنه صاحب الكافي وقال : ولأنه بالنسج يصير ثوبا وهو باللحمة والسدى فيضاف كونه ثوبا إلى آخر الأمرين وهو اللحمة وجعلت حكما في الإباحة . ثم الفرق بين ما ذكره المصنف وبين ما نقلناه من الدليلين مع كونه ظاهرا خفي على بعض الشراح حيث علل الأول بالثاني ، إلى هنا لفظ ذلك البعض . أقول : لم يصب ذلك في رأيه ها هنا ، بل خرج عن سنن السداد ، إذ لا يخفى على ذى مسكة أن الدليل الذى ذكره المصنف لا يفيد المدعى بدون المصير إلى المقدمة القائلة إن الحكم إذا تعلق بشيئين يضاف إلى آخرهما ، لأن النسج إنما يحصل باللحمة والسدى معال باللحمة وحدها إذ النسج إنما هو تركيب اللحمة بالسدى كما صرحوا به فلا يثبت كون الاعتبار باللحمة دون السدى إلا بملاحظة تلك المقدمة . فإذا لم يقف ما ذكره المصنف المدعى بدون المصير إلى تلك المقدمة لم يبق احتمال أن يكون هذا دليلا مستقلا وتلك المقدمة دليلا آخر ، فلا جرم نبه بجمهور الشراح على كون تلك المقدمة معتبرة فيما ذكره المصنف بضمهم إياها إليه بطريق التعليل لقوله فكانت هي المعتبرة دون السدى وأصابوا فيما فعلوا حيث حملوا الدليل الذى ذكره المصنف على المعنى الصحيح التام مع تحمل كلامه إياه ، فإن عدم إعتباره في التعليل كون اللحمة آخر جزء من الثوب ليس اعتبارا لعدمه وعدم التفاته فيه إلى التصريح بتلك المقدمة يجوز أن يكون بناء على ظهور اعتبارها فيه واعتمادا على تقريره في كلمات المشايخ ، وليس في كلامه ما يمنع فإنه قال : والنسج باللحمة بدون القصر عاها فكانت تال : تمام النسج أو آخر النسج باللحمة . والعجب من ذلك البعض أنه مع اعترافه بطلان ما ذكره المصنف بدون اعتبار حديث إضافة الحكم إلى آخر الجزئين حيث قال : لكن لا يخفى عليك أن القول بأن النسج يكون باللحمة وهم ، بل هو باللحمة والسدى معا جعل ما ذكره المصنف دليلا مستقلا بدون المصير إلى تلك المقدمة فاختار بطلان ما ذكره المصنف في التعليل حينئذ ، وشنع على الشراح المصلحين كلامه بعدم الفرق بين ما ذكره المصنف وغيره ، وما غره إلا عبارة الزيلعي ، ولم ينظر أو لم يلتفت إلى ما وقع في كلام فحول المشايخ من جعل المجموع دليلا واحدا منهم صاحب البدائع فإنه قال في تقرير الدليل المذكور إن الثوب يصير ثوبا باللحمة . لأنه إنما يصير ثوبا بالنسج والنسج تركيب اللحمة بالسدى فكانت اللحمة كالوصف الأخير فيضاف الحكم إليه انتهى . ومنهم صاحب المحيط فإنه أيضا قال في تقرير ذلك : لأن الثوب إنما يصير ثوبا بالنسج ، والنسج إنما يتأق باللحمة آخرهما فيضاف صيرورته ثوبا على اللحمة ، فإذا كانت اللحمة من الحرير كان الكل حريرا حكما انتهى . ومنهم صاحب الكافي فإنه أيضا جمع كما نقله ذلك البعض ، ثم إنه يجوز أن يكون مراد الزيلعي بقوله أو نقول الخ تقرير ذلك الدليل بعبارة أخرى من غير تعرض لقيد النسج لا ذكر دليل آخر مستقل مغاير للأول في المعنى والمآل ، يرشد إليه أنه قال بعد ذلك : ولأن اللحمة هي التي تظهر في المنظر فتكون العبرة بما يظهر دون ما يخفى انتهى خيث أعاد حرف التعليل وهي اللام في هذا الدليل إشارة إلى استقلاله : فلو كان مراده بما ذكره بقوله أو نقول الخ إيراد دليل آخر مستقل لأعاد اللام فيه أيضا تبصر (قوله ولا يجوز للرجال التحلى بالذهب لما روينا ولا بالفضة لأنها في معناه) أقول : لما منع أن يمنع كونه

أربعة آلاف درهم » وأبو حنيفة كان يرتدى برداء قيمته أربع مائة دينار . وقد قال الله تعالى - قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده - قال (ولا يجوز للرجال التحلى بالذهب الخ) لا يجوز للرجال التحلى بالذهب لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم « هذا

وقد جاء في إباحة ذلك آثار . وفي الجامع الصغير : ولا يتختم إلا بالفضة ، وهذا نص على أن التختم بالحجر والحديد والصفير حرام . « ورأى رسول الله عليه الصلاة والسلام على رجل خاتم صفير فقال : مالى أجد منك رائحة الأصنام . ورأى على آخر خاتم حديد فقال : مالى أرى عليك حلية أهل النار » ومن الناس من أطلق الحجر الذى يقال له يشب لأنه ليس بحجر . إذ ليس له ثقل الحجر . وإطلاق الجواب فى الكتاب يدل على تحريمه (والتختم بالذهب على الرجال حرام) لما روينا . وعن على رضى الله عنه « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن التختم بالذهب » ولأن الأصل فيه التحريم . والإباحة ضرورة الختم أو النموذج وقد اندفعت بالأدنى وهو الفضة . والخلقة هى المعتبرة لأن قوام الخاتم بها . ولا معتبر بالفضة حتى يجوز أن يكون من

فى معناه ، كيف وقد صرح فيما بعد بأنها أدنى منه حيث قال فى تعليل حرمة التختم بالذهب على الرجال . ولأن الأصل فيه التحريم والإباحة ضرورة التختم أو النموذج وقد اندفعت بالأدنى وهو الفضة . ولا يخفى أن الأدنى لا يكون فى معنى الأعلى . وتوضيحه أن مقصود المصنف بقوله أنها فى معناه إثبات عدم جواز التحلى بالفضة للرجال بدلالة النص الوارد فى حرمة الذهب على الرجال وهو قوله صلى الله عليه وسلم « هذان حرامان على ذكوري أمتي » وقد تقرر فى علم الأصول أن شرط دلالة النص أن يكون المسكوت عنه أولى من المنطوق فى الحكم الثابت للمنطوق أو مساويا له فيه . ولا يجوز أن يكون أدنى منه . وليس الأمر فى الفضة كذلك لما عرفت (قوله ومن الناس من أطلق فى الحجر الذى يقال له يشب . لأنه ليس بحجر . إذ ليس له ثقل الحجر) أقول : الاستدلال على عدم حرمة التختم باليشب بأنه ليس بحجر مما لا حاصل له . لأن ما ليس بحجر قد يكون مما يحرم التختم به بخلاف كالحديد والصفير ، ولم يرد نص فى حرمة التختم بالحجر كوروده فى الذهب والحديد والصفير حتى يكون المقصود من نفي كونه حجرا هو الاحتراز عن كونه مورد نص الحرمة . بل ورد النص فى جواز التختم ببعض الأحجار كالعقيق . فإنه روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يتختم بالعقيق » وقال « تحتّموا بالعقيق فإنه مبارك » كما ذكر فى الكافي وغيره . فكان التثبت بكونه حجرا أظهر ~~من تثبته بكونه حراما~~ قال بعدم حرمة التختم به من نفي كونه حجرا . وعن هذا قال الإمام قاضى خان فى شرح الجامع الصغير وفى فتاواه : ظاهر لفظ الكتاب يقتضى كراهة التختم بالحجر الذى يقال له يشب ~~لأنه ليس بذهب ولا~~ حديد ولا صفير ، بل هو حجر ، وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه تختم بالعقيق . انتهى كلامه (قوله والتختم بالذهب على الرجال حرام) قال بعض المتأخرين : هذا تصريح بما علم من قوله إلا بالخاتم . إلا أنه ذكره توطئة لما فصله من دلائله انتهى .

حرامان على ذكوري أمتي « ولا بالفضة لأنه فى معناه . فإن قيل : قوله صلى الله عليه وسلم « هذان حرامان على ذكوري أمتي » لكونه خبر الواحد لا يعارض قول الله تعالى « قل من حرم زينة الله » الآية . ولا يقيد لأن التقييد نسخ . فالجواب أنه مشهور متفق عليه تلقته الأمة بالقبول فجاز التقييد به . وقوله (وقد جاء فى إباحة ذلك آثار) هو ما روى « أنه كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاتم فضة فصه منه ونقشه : محمد سطر ورسول سطر والله سطر » . وعن معاذ رضى الله عنه « أنه كان له خاتم من فضة ونقشه محمد رسول الله فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : ما نقش خاتمك يا معاذ ؟ فقال : محمد رسول الله . فقال عليه الصلاة والسلام : آمين كل شئ من معاذ حتى خاتمته . ثم استوهبه النبي صلى الله عليه وسلم من معاذ فوهبه منه . فكان فى يده صلى الله عليه وسلم إلى أن توفى . ثم كان فى يد أبي بكر رضى الله عنه إلى أن توفى . ثم كان فى يد عمر رضى الله عنه إلى أن توفى . ثم كان فى يد عثمان رضى الله عنه حتى وقع من يده فى البئر فأفتق مالا عظيما فى طلبه فلم يجده » فوقع الخلاف والتشويش بينهم بعد ذلك . وأتى بلفظ الجامع الصغير لأدائه الحصر فيه (ومن الناس من أطلق) منهم شمس الأئمة السرخسى رحمه الله فقال : الأصح أنه لا بأس به كالعقيق فإنه مبارك تختم به النبي صلى الله عليه وسلم . ولأنه ليس بحجر إذ ليس له ثقل الحجر . وإطلاق جواب الكتاب : يعنى الجامع الصغير يدل على تحريمه ، ولأنه يتخذ منه الأصنام فأشبهه الصفير الذى هو المنصوص عليه . وقوله (لما روينا) إشارة إلى قوله « هذان حرامان » ومن الناس من جاز التختم بالذهب لما روى عن البراء بن عازب رضى الله عنه « أنه لبس خاتم ذهب وقال : كسانيه رسول الله

حجر ويجعل الفص إلى باطن كفه : بخلاف انفسوان لأنه تزين في حقهن ، وإنما يتختم القاضي والسلطان لحاجته إلى الختم . وأما غيرهما فالأفضل أن يتركه لعدم الحاجة إليه . قال (ولا بأس بمسار الذهب يجعل في حجر الفص) أى في ثقبه لأنه تابع كالعالم في الثوب فلا يعدّ لباساً له . قال (ولا تشدّ الأسنان بالذهب ونشدّ بالفضة) وهذا عند أبي حنيفة . وقال محمد : لا بأس بالذهب أيضاً . وعن أبي يوسف مثل قول كل منهما . لهما « أن عرفجة بن أسعد الكنانى أصيب أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفاً من فضة فأتى . فأمره النبي عليه الصلاة والسلام بأن يتخذ أنفاً من ذهب » ولأبي حنيفة أن الأصل فيه التحريم والإباحة للضرورة . وقد اندفعت بالفضة وهى الأدنى فبقى الذهب على التحريم . والضرورة فيما روى لم تندفع في الأنف دونه حيث أتى . قال (ويكره أن يابس الذكور من الصبيان الذهب والحريز) لأن التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الإلباس كأنحصر لما حرم شرها حرم سقيها . قال (وتكره الحرقة التى تحمل فيمسح بها العرق) لأنه نوع تجبر وتكبر (وكذا التى يمسح بها الوضوء أو يمتخط بها) وقيل إذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح . وإنما يكره إذا كان عن تكبر وتجبر وصار كالتربع في الجلوس (ولا بأس بأن يربط الرجل في أصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة) ويسمى ذلك الرتم والرثيمة . وكان ذلك من عادة العرب . قال قائلهم :
لا ينفعنك اليوم إن همت بهم
كثرة ماتوصى وتعقاد الرتم

أقول : ليس ذلك بسديد . لأن معنى قوله إلا بالخاتم إلا أنه يجوز للرجال التحلى بالخاتم لأنه استثناء من قوله ولا يجوز للرجل التحلى بالذهب ولا بالفضة . والاستثناء من النفي إثبات بلا ريب . وما ذكره هاهنا حرمة التختم بالذهب على الرجال فكيف يكون هذا تصريحاً بما علم من قوله إلا بالخاتم . والتخالف بين نفي جواز الشيء وإثباته ضرورى . ولو قال هذا تصريح بما فهم من قوله من الفضة في قوله إلا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة على القول بأن مفهوم المخالفة معتبر في الروايات بالاتفاق . لكأنه وجه تأمل .

صلى الله عليه وسلم . ولأن التهنى عن استعمال الذهب والفضة سواء . فلما حلّ التختم بالفضة لقلته ولكونه نموذجاً وجعل كالعالم في الثوب فكذا في الآخر . والجواب أنه منسوخ بحديث ابن عمر رضى الله عنهما « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك » وروى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخذ خاتماً من ذهب فاتخذ الناس خواتيم ذهب فرماه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : لا ألبسه أبداً . فرماه الناس » وقوله (ويجعل الفص إلى باطن كفه) أى لأنه روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا . وقوله (وعن أبي يوسف رحمه الله مثل قول كل منهما) يعنى اختلف المشايخ في قول أبي يوسف . فمنهم من ذكر قوله مع أبي حنيفة رحمه الله هكذا ذكره الكرخي رحمه الله ، وذكر في الأمالي مع قول محمد رحمه الله ، والكلاب بضم الكاف وتخفيف اللام اسم ماء كانت عنده وقعة لهم . وقوله (وهو الصحيح) لأن عامة المسلمين استعملوا هكذا في عامة البلدان لدفع الأذى عن الثياب النفيسة وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، وقد جاء في الحديث « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يمسح وضوءه بالحرقة في بعض الأوقات » فلم يكن بدعة . وحاصله أن كل ما فعل على وجه التجبر فهو مكروه بدعة . وما فعل حاجة وضرورة لا يكره . وهو نظير التربع في الجلوس والابتكاء . ومعنى قول الشاعر أن الرجل إذا خرج في سفر عمد إلى شجر يقال له رتم فشدّ بعض أغصانه ببعض ، فإذا رجع وأصابه على تلك الحالة قال لم تخشى امرأتى . وإن أصابه وقد انحلّ قال خاتنتى . هكذا المروى عن

(قال المصنف : ولا بأس بأن يربط الرجل في أصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة ، ويسمى ذلك الرتم والرثيمة) أقول : قال العلامة الزيلعي : الرثيمة قد تشبه بالرثيمة على بعض الناس ، وهى خيط كان يربط في العنق أو في اليد في الجاهلية لدفع المضرة عن أنفسهم على زعمهم ، وهو منهى عنه ، وذكر في حدود الإيمان أنه كفر إنتهى .

وقد روى أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر بعض أصحابه بذلك : ولأنه ليس بعيب لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان .

(فصل في الوطء والنظر واللمس)

قال (ولا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية إلا وجهها وكفيها) لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها « قال علي وابن عباس رضي الله عنهما : ما ظهر منها الكحل والخاتم . والمراد موضعهما وهو الوجه والكف ، كما أن المراد بالزينة المذكورة موضعها . ولأن في إبداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها إلى المعاملة مع الرجال أخذا وإعطاء وغير ذلك ، وهذا تنصيص على أنه لا يباح النظر إلى قدمها . وعن أبي حنيفة أنه

(فصل في الوطء والنظر واللمس)

لا يذهب على الناظر في المسائل المذكورة في هذا الفصل أن ما يتعلق منها بالوطء إنما هي مسألة جواز العزل عن أمته بغير إذنها . وعدم جواز ذلك في الحرة إلا بإذنها : وأن تلك المسئلة مع كون المقصود منها بيان محل جواز العزل وغير محله لا يبان حال الوطء نفسه قد ذكرت في آخر هذا الفصل ، فلما نسب أن يؤخر ذكر الوطء في عنوان الفصل أيضا فيقال : فصل في النظر واللمس والوطء على ترتيب ذكر المسائل الآتية كما وقع في الكافي . والأنسب من ذلك أن يبدل الوطء بالعزل في التعبير بعد التأخير ليحصل تمام الموافقة بين عنوان الفصل ومسائله . ثم إن مسائل النظر أربعة أقسام : نظر الرجل إلى المرأة ، ونظر المرأة إلى الرجل . ونظر الرجل إلى الرجل ، ونظر المرأة إلى المرأة : والقسم الأول منها على أربعة أقسام أيضا : نظر الرجل إلى الأجنبية الحرة ، ونظره إلى من يحل له من الزوجة والأمة ، ونظره إلى ذوات محارمه ، ونظره إلى أمة الغير . فبدأ في الكتاب بأول الأقسام من القسم الأول كما ترى (قوله قال علي وابن عباس رضي الله عنهما : ما ظهر منها الكحل والخاتم : والمراد موضعهما وهو الوجه والكف) أقول : الظاهر أن المقصود من مثل قوله علي بن عباس هاهنا إنما هو الاستدلال على جواز أن ينظر الرجل إلى وجه الأجنبية وكفيها

الثقات ، إلا أن الليث ذكر الرتم بمعنى الرتبة وهي خيط التذكرة يعقد بالأصبع ، وكذلك الرتمه ، قال الشاعر :

إذا لم تكن حاجاتنا في نفوسكم فليس بمغن عنك عقد الرثائم

والتعقاد مصدر بمعنى العقد للمبالغة على وزن التفعال كالتهذار والتلعب بمعنى المذر واللعب ، والله أعلم .

(فصل في الوطء والنظر واللمس)

مسائل النظر أربع : نظر الرجل إلى المرأة ، ونظرها إليه ، ونظر الرجل إلى الرجل ، ونظر المرأة إلى المرأة . والأولى على أربعة أقسام : نظره إلى الأجنبية الحرة ، ونظره إلى من يحل له من الزوجة والأمة : ونظره إلى ذوات محارمه ، ونظره إلى أمة الغير . قال (ولا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية الخ) القياس أن لا يجوز نظر الرجل إلى الأجنبية من قرنها إلى قدمها ، إليه أشار قوله صلى الله عليه وسلم « المرأة عورة مستورة » ثم أبيع النظر إلى بعض المواضع وهو ما استثناه في الكتاب بقوله (إلا وجهها وكفيها) للحاجة والضرورة وكان ذلك استحسانا لقوله أرفق بالناس ، قال الله تعالى - ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها - وفسر ذلك على ابن عباس رضي الله عنهما بالكحل والخاتم ، والمراد موضعهما . وقوله (ولأن في إبداء الوجه والكف ضرورة) دليل معقول

(فصل في الوطء والنظر واللمس)

(قوله والأولى على أربعة أقسام : نظره إلى الأجنبية الحرة) أقول : الأولى أن يقول : إلى من لا يحل من الأجنبية الحرة (قوله تعالى . الله تعالى - ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها - وفسر ذلك) أقول : يعني فسر قوله تعالى - ما ظهر - ما ظهر - .

يباح لأن فيه بعض الضرورة . وعن أبي يوسف أنه يباح النظر إلى ذراعها أيضا لأنه قد يبدو منها عادة . قال (فإن كان لا يأمن الشهوة لا ينظر إلى وجهها إلا الحاجة) لقوله عليه الصلاة والسلام « من نظر إلى محاسن امرأة أجنبية عن شهوة صبّ في عينيه الآتك يوم القيامة » فإذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرجا عن المحرم . وقوله لا يأمن يدل على أنه لا يباح إذا شك في الاشتباه كما إذا علم أو كان أكبر رأيه ذلك (ولا يحل له أن يمس وجهها ولا كفها وإن كان يأمن الشهوة) لقيام المحرم وانعدام الضرورة والباوى ، بخلاف النظر لأن فيه باوى . والمحرم قوله عليه الصلاة والسلام « من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جرة يوم القيامة » وهذا إذا كانت شابة تشبهى ، أما إذا كانت عجوزا لا تشبهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة . وقد روى أن أبا بكر رضى الله عنه كان يدخل بعض القبائل التى كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز ، وعبد الله بن الزبير رضى الله عنه استأجر عجوزا لتمرّضه وكانت تغمز رجليه

بقولهما في تفسير قوله تعالى - إلا ما ظهر منها - فإن في تفسيره أقوالا من الصحابة لا يدل على المدعى هاهنا شيء منها سوى قولهما . لكن دلالة قولهما على ذلك غير واضح أيضا ، إذ الظاهر أن موضع الكحل هو العين لا الوجه كله ، وكذا موضع الخاتم هو الأصبع لا الكف كله ، والمدعى جواز النظر إلى وجه الأجنبية كله وإلى كفها بالكلية ، فالأولى في الاستدلال على ذلك هو المصير إلى ما جاء من الأخبار في الرخصة في النظر إلى وجهها وكفها : منها ما روى « أن امرأة عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فنظر إلى وجهها ولم يرفها رغبة » . ومنها ما روى « أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليها ثياب رقاق ، فأعرض عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : يا أسماء إن المرأة إذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا وأشار إلى وجهه وكفيه » ومنها ما روى « أن فاطمة رضى الله عنها لما ناولت أحد ابنها بلالا أو أنسا قال : رأيت كفها كأنها فلقة قمر » : أى قطعته ، فدل على أنه لا بأس بالنظر إلى وجه المرأة وكفها (قوله وهذا إذا كانت شابة تشبهى ، أما إذا كانت عجوزا لا تشبهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة) قال بعض المتأخرين : « يد أن حرة مس الوجه والكف تختص بما إذا كانت شابة ، أما إذا كانت عجوزا لا تشبهى فلا بأس بمسها انتهى . أقول : ليس هذا بشرح صحيح ، إذ لم يذكر في هذا الكتاب ولا في غيره من كتب الفقه عدم البأس بمس وجه المرأة الأجنبية وإن كانت عجوزا ، وإنما المذكور هنا وفي سائر الكتب عدم البأس بمس كفها إذا كانت عجوزا ، والأصل فيه ما روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصافح العجائز في البيعة ولا يصافح الشواب » كما ذكر في المحيط وغيره ، وما روى عن أبي بكر وعبد الله بن الزبير كما ذكر في الكتاب . نعم ظاهر الدليل العقلى وهو قوله لانعدام خوف الفتنة لا يأبى عن التعميم . لكن لا مجال لاختراع مشكلة بمجرد ذلك بدون أن تذكر في الكتب نقلا عن الأئمة أو المشايخ . ثم إن تاج الشريعة اعترض على قوله لانعدام خوف الفتنة وأجاب حيث قال : فإن قلت : هذا تعليل في مقابلة النص ، وهو ما ذكر في الكتاب من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جرة يوم القيامة . قلت : المراد امرأة تدعو النفس إلى مسها ، أما إذا تهربت العين من رؤيتها وانزوى الخاطر من لقاءها فلا ، انتهى كلامه . واقتنى أثره صاحب الكفاية . أقول : يرد الاعتراض المذكور على قول المصنف فيما بعد وكذا إذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا . فإن قوله لما قلنا إشارة إلى قوله لانعدام خوف الفتنة كما لا يخفى ، وقد صرح به بعض الشراح . ولا يتمشى الجواب المزبور هناك

وهو ظاهر ، والآتك : الرصاص . وقوله (فإذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة) لقوله صلى الله عليه وسلم لعلى رضى الله عنه « لا تتبع النظرة النظرة ، فإن الأولى لك والثانية عليك » يعنى بالثانية أن يبصرها عن شهوة . وقوله صلى الله عليه وسلم « ابصرها

(قال المصنف : فإذا خاف الشهوة لم ينظر الخ) أقول : تتمم للحديث ، فإن الحديث إنما دل على تحريم النظر عند تحقق الشهوة ولم يكن المدعى ذلك ، بل تحريمه عند عدم الأمن هنا ، وشتان ما بينهما ، فضع ذلك إليه ليتم التقريب :

وتفلى رأسه . وكذا إذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا ، فإن كان لا يأمن عليها لا تحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة . والصغيرة إذا كانت لا تشتهي يباح مسها والنظر إليها لعدم خوف الفتنة . قال (ويجوز للقاضي إذا أراد أن يحكم عليها وللشاهد إذا أراد أداء الشهادة عليها النظر إلى وجهها وإن خاف أن يشتمى) للحاجة إلى إحياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة . ولكن ينبغي أن يقصد به أداء الشهادة أو الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحزرا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح . وأما النظر لتحمل الشهادة إذا اشتبه قيل يباح . والأصح أنه لا يباح لأنه يوجد من لا يشتهي فلا ضرورة . بخلاف حالة الأداء (ومن أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس بأن ينظر إليها وإن علم أنه يشتهيها) لقوله عليه الصلاة والسلام فيه « أبصرها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما » ولأن مقصوده إقامة السنة لأقضاء الشهوة (ويجوز للطبيب أن ينظر إلى موضع المرض منها) للضرورة (وينبغي أن يعلم امرأة مداواتها) لأن نظر الجنس إلى الجنس أسهل (فإن لم يقدروا يستر كل عضو منها سوى موضع المرض) ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع ، لأن ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان (وكذا يجوز للرجل النظر إلى موضع الاحتقان من الرجل)

إذ الظاهر أن تلك المسئلة فيما إذا كانت شابة تشتهي : يدل على ذلك عطفها على قوله إذا كانت عجوزا لا تشتهي : ولا شك أن الشابة المشتهة ممن تدعو النفس إلى مسها فكانت داخلة تحت النص المذكور فلا محالة يكون التعليل بقوله لما قلنا تعليلا في مقابلة النص وهو لا يجوز كما عرف في علم الأصول . فإن قلت : تلك المسئلة مقيدة بأن يأمن على نفسه وعليها فلا تتحقق دعوتها النفس إلى مسها في تلك الصورة . قلت : إن لم تتحقق دعوتها النفس إلى مسها بالفعل في تلك الصورة فمن شأنها ذلك في كل حال . والظاهر أن مراده بالمرأة المذكورة في النص المزبور هي المرأة الصالحة لأن تدعو النفس إلى مسها لا التي تحققت فيها دعوتها إليه بالفعل . ~~لأنه أن لا يثبت حرمة مس الرجل الشاب المرأة الأجنبية الشابة إذا أمن على نفسه وعليها تأمل لعدم كون ذلك في وسعه لعدم الوقوف عليه اهـ .~~ أقول : يمكن الوقوف عليه بالقرائن الحالية أو بالتجربة في نظائرها . فجاز اشتراط أمنه عليها أيضا بناء على ذلك فتأمل . ولا يأمن عليها لا تحل مصافحتها (قال بعض المتأخرين : تخصيص عدم أمنه بكونه عليها غير ظاهر أيضا : فإن جعلنا الضمير في عليها للنفس يلزم التخصيص من وجه آخر انتهى . أقول : الضمير في عليها للمرأة ، ووجه تخصيص عدم الأمن عليها بالذكر ظاهر وهو حصول العلم بحكم عدم الأمن على نفسه دلالة من بيان حكم عدم الأمن عليها عبارة ، فإنه إذا لم تحل مصافحتها عند عدم الأمن عليها لما فيه من تعريض الغير للفتنة فلأن لا تحل مصافحتها عند عدم الأمن على نفسه أولى لما فيه من المباشرة للفتنة بنفسه (قوله ويجوز للقاضي إذا أراد أن يحكم عليها . وللشاهد إذا أراد الشهادة عليها النظر إلى وجهها ، وإن خاف أن يشتمى للحاجة إلى إحياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة) قال بعض المتأخرين : وقد ينور ذلك بإباحة النظر إلى العورة الغليظة عند

أفإنه أحرى أن يؤدم بينكما » أي يوفق . قاله للمغيرة بن شعبة رضى الله عنه لما أراد أن يتزوج امرأة (والخافضة للجارية كالخائن للغلام)

(قال المصنف : والصغيرة إذا كانت لا تشتهي يباح مسها) أقول : وحاصله أنه يشترط لجواز المس أن يكونا كبيرين مأمونين في رواية . وفي رواية يكتفى بأن يكون أحدهما كبيرا مأمونا ، لأن أحدهما إذا كان لا يشتهي لا يكون المس سببا للوقوع في الفتنة كالصغيرة . ووجه الأول أن الشاب إذا كان لا يشتهي أن يمس العجوز فالعجوز تشتهي أن تمس الشاب لأنها علمت ببلاذ الجماع فيؤدى إلى الاشتها من أحد الجانبين وهو حرام ، بخلاف ما إذا كان أحدهما صغيرا ، لأنه لا يؤدى إلى الاشتها من أحد الجانبين ، لأن الكبير كما لا يشتهي أن يمس الصغير لا يشتهي الصغير أيضا أن يمس لعدم العلم ، كذا في شرح الزيلعي . وأنت خير بأنه يحى ما يخالفه ظاهرا في الكتاب وفي وجه الفرق فيما ذكر في كتاب الحثي من الأصل (قال المصنف : وأما النظر لتحمل الشهادة إذا اشتبه قيل يباح) أقول : لعل المراد إذا خاف الاشتها .

لأنه مداواة ويجوز للمريض وكذا للهزال الفاحش على ما روى عن أبي يوسف لأنه أمانة المريض . قال (وينظر الرجل من الرجل إلى جميع بدنه إلا ما بين سترته إلى ركبته) لقوله عليه الصلاة والسلام « عورة الرجل ما بين سترته إلى ركبته » ويروى « ما دون سترته حتى يجاوز ركبتيه » وبهذا ثبت أن السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله أبو عصمة والشافعي رحمهما الله ، والركبة عورة خلافا لما قاله الشافعي . والتخذ عورة خلافا لأصحاب الظواهر . وما دون السرة إلى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الإمام أبو بكر محمد بن الفضل الكدري

الزنا لإقامة الشهادة عليه . ثم قال : خطر ببالى هاهنا إشكال . وهو أن شهود الزنا كما صرحوا في الكتب بين حسيبتين : إقامة الحد ، والتحرز عن الحد . والستر أفضل . لقوله صلى الله عليه وسلم للذي شهد به عنده : « لو سترته بثوبك لكان خيرا لك » وليس في الحدود حقوق الناس إلا في السرة . وهذا يجب أن يشهد بالنسبة فيقول أخذ إحياء لحق المذنب منه ولا يقول مرقح محافظة على السر . فلم يكن ما ذكر من التنوير في شيء أصلا لانعدام الحاجة وانتفاء الضرورة في الشهادة بالزنا . ثم دفعته بما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود من أن هذا : يعني كون السر أفضل يجب أن يكون بالنسبة إلى من لم يعتد الزنا ولم يهتك به . وأما إذا وصل الحال إلى إشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة به أولى من تركها ، لأن مطالب الشارع إخلاء الأرض من الفواحش وذلك يتحقق بالتوبة وبالزجر . فإذا ظهر الشره في الزنا مثلا وعدم المبالاة به بإشاعته . فإخلاء الأرض بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها . فيجب تحقيق السبب الآخر للإخلاء وهو الحد بخلاف من زل مرة أو مرارا متسرا متخوفا متندما عليه فإنه محل استحباب ستر الشاهد انتهى . أقول : ما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود لا يدفع الإشكال الذي خطر ببال ذلك القائل إلا في مادة جزئية : وهي ما إذا وصل الحال إلى إشاعة الفاحشة والتهتك بها لا فيا سواها . فإن السر فيه أفضل بلا شبهة . مع أن النظر إلى العورة الغليظة عند الزنا لإقامة الشهادة عليه مباح هناك أيضا فكفى بذلك إشكالا . فلم يتم قوله ثم دفعته بما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود . ثم أقول في دفع ذلك الإشكال بالكلية : إن الحاجة إلى النظر إلى العورة الغليظة عند الزنا والضرورة بتحققان في الشهادة بالزنا مطلقا في تحصيل إحدى الحسبتين وهي إقامة الحد بإقامة الشهادة على الزنا . إذ لا يتيسر إقامة الشهادة عليه بدون النظر إلى العورة الغليظة عند الزنا ، وإن لم تتحقق الحاجة إليه ولا الضرورة في تحصيل الحسبة الأخرى وهي التحرز عن التهتك . فمن أراد أن ينال الحسبة الأولى يحتاج ويضطر إلى النظر إليها فيباح له النظر إليها إذا كان ، إذ يكفي في إباحة ذلك الحاجة إليه . والضرورة بالنسبة إلى تحصيل خصوص الحسبة ، ولا يتوقف إباحته على الحاجة إليه والضرورة المطلقتين : أي من كل وجه . ولا على أن لا يكون فوق تلك الحسبة حسبة أخرى أفضل منها ؛ ألا يرى أن من أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس له بأن ينظر إليها وإن علم أنه يشبهها بناء على أن مقصوده إقامة السنة لا قضاء الشبهة كما سيأتي في الكتاب . مع أن الحاجة إلى النظر إليها والضرورة إنما يتحققان في إقامة تلك السنة لا مطلقا لإمكان ترك توجهها الداعي إلى النظر إليها وإن كان فوق تلك السنة ما هو أفضل منها من الواجبات بل من بعض السنن المؤكدة فقد اندفع ذلك الإشكال بخلافه (قوله وينظر الرجل من الرجل إلى جميع بدنه إلا ما بين سترته إلى ركبته) قال صاحب العناية : هذا هو القسم الثاني من أصل التقسيم . أقول : ليس الأمر كذلك ، بل هو القسم الثالث منه كما لا يشبهه على من نظر إلى تقسيمه في صدر هذا الفصل (قوله وبهذا ثبت أن السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله أبو عصمة والشافعي) قال صاحب النهاية : وأبو عصمة هو سعد بن معاذ المروزي ، فإنه يقول : إن السرة

يعني أن الخافضة والختان ينظران إلى العورة لأجل الضرورة ، لأن الختان سنة في حق الرجال مكرمة في حق النساء فلا يترك . ويجوز للرجل أن ينظر إلى موضع الاحتقان لأنه مداواة يجوز للمريض والهزال الفاحش لكونه نوع مرض على ما روى عن أبي يوسف رحمه الله . وإذا جاز الاحتقان جاز للحاقن النظر إلى موضعه . قال (وينظر الرجل إلى الرجل الخ) هذا هو القسم الثاني من أصل التقسيم (قوله خلافا لما يقوله أبو عصمة) يعني سعد بن معاذ المروزي رحمه الله أن السرة أحد حدى العورة فتكون من

(قوله هذا هو القسم الثاني) أقول : بل الثالث .

معتمدا فيه العادة لأنه لا معتبر بها مع النص بخلافه ، وقد روى أبو هريرة رضى الله عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال « الركبة من العورة » وأبدى الحسن بن علي رضى الله عنه سرته فقبلها أبو هريرة رضى الله عنه

أحد حدى العورة فتكون من العورة كالركبة . ثم قال : وقوله والشافعى بالعطف على أبي عصمة في إثبات أن السرة عورة عندهما كأنه وقع سهوا الوجهين : أحدهما ما ذكرنا من تعليل أبي عصمة في إثبات أن السرة عورة بقوله إنها أحد حدى العورة فتكون عورة كالركبة . فإن هذا التعليل إنما يستقيم لمن يقول بأن الركبة عورة والشافعى لا يقول بكون الركبة عورة . والثاني أن الشافعى علل في إثبات أن الركبة ليست من العورة بقوله إنها حد للعورة فلا تكون من العورة كالسرة : لأن الحد لا يدخل في المخلود ، وهذا تنصيص منه على أن السرة ليست بعورة اهـ . ورد عليه صاحب العناية حيث قال : قيل عطف الشافعى على أبو عصمة غير مستقيم ، لأن هذا التعليل إنما يستقيم على قول من يقول الركبة عورة وهو لا يقول به ، وهذا ساقط لأن المصنف لم يعلل بهذا التعليل في هذا الكتاب ، وإنما ذكر المذهب فيجوز أن يكون مذهبا واحدا والمأخذ متعددا ، فالمدكور يكون تعليلا لأبي عصمة . وتعليل الشافعى غير ذلك وهو أن السرة محل الاشياء انتهى . أقول : قد ذكر صاحب النهاية لعدم استقامة العطف الزبور وجهين . وقد نقل صاحب العناية أحد ذينك الوجهين وأجاب عنه كما ترى . ولم يتعرض لوجه الآخر أصلا فكأنه لم يظفر بالجواب عنه فبقي الإشكال في العطف الواقع في كلام المصنف من ذلك الوجه ولا بد من دفعه . فأقول : في الجواب القاطع لمرق الإشكال : إن في السرة والركبة ثلاث روايات عن الشافعى : أحدها أن السرة عورة والركبة ليست بعورة كما هو مدلول كلام المصنف هاهنا وفي كتاب الصلاة أيضا . والثانية أنهما ليستا بعورة كما ذكر في وجيز الشافعية . والثالثة أنهما عورة . وذكر صاحب الغاية هاتين الأخيرتين وقال : للأولى منهما . وهذا أصح الوجهين . وإذا قد تقرّر هذا فجاز أن يكون تعليل الشافعى في إثبات أن الركبة ليست من العورة بقوله إنها حد للعورة فلا تكون من العورة كالسرة مبني على قوله في الرواية الثانية وهذا لا ينافي اشتراكه مع أبي عصمة في قوله الآخر الواقع في الرواية الثالثة عنه . بل لا ينافي أيضا اشتراكه معه في تعليله بقوله إنها أحد حد للعورة فتكون عورة كالركبة بناء على ذلك القول فلا محذور في العطف المذكور أصلا تأمل تقف (قوله وأبدى الحسن بن علي رضى الله عنهما سرته فقبلها أبو هريرة) هذا جواب عن قول أبي عصمة والشافعى أخرجه أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والبيهقى في سننه عن ابن عون عن عمر بن إسحاق قال : كنت أمشى مع الحسن بن علي رضى الله عنهما في بعض طرق المدينة . فلقينا أبو هريرة ، فقال للحسن : اكشف لى عن بطنك جعلت فداءك حتى أقبل حيث رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبله . قال : فكشف عن بطنه فقبل سرته . ولو كانت من العورة لما كشفها . قال الشارح العيني بعد بيان هذا المحل بهذا النوال : وفي معجم الطبراني خلافا هذا : حدثنا أبو مسلم الكسى . حدثنا أبو عاصم عن ابن عون عن عمير بن إسحاق ، أن أبا هريرة لقي الحسن بن علي رضى الله عنهم فقال له : ارفع ثوبك حتى أقبل حيث رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل ، فرفع عن

العورة كالركبة . قيل عطف الشافعى على أبي عصمة غير مستقيم لأن هذا التعليل إنما يستقيم على قول من يقول إن الركبة عورة وهو لا يقول به ، وهذا ساقط لأن المصنف رحمه الله لم يعلل بهذا التعليل في هذا الكتاب وإنما ذكر المذهب فيجوز أن يكون مذهبا واحدا والمأخذ متعددا ، فالمدكور يكون تعليلا لأبي عصمة وتعليل الشافعى غير ذلك وهو أن السرة محل الاشياء ، والركبة عورة خلافا للشافعى رحمه الله استدلالا بالغاية فإنها لا تدخل تحت الغيا . والفخذ عورة خلافا لأهل الظاهر فإنهم يقولون العورة هي السوء دون ما عداها لقوله تعالى - فبدت لهما سوءاتهما - والمراد به العورة ، وما دون السرة إلى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الإمام أبو بكر محمد بن الفضل الكارى رحمه الله معتمدا فيه على العادة (قوله لأنه لا معتبر بها) أى بالعادة (مع وجود النص) جواب عن قول محمد بن الفضل متعلقا بقوله وما دون السرة إلى منبت الشعر عورة . وقوله (وقد روى أبو هريرة رضى الله عنه) جواب عن قول الشافعى رحمه الله ، ودليل على أن الركبة عورة . وقوله (وأبدى الحسن بن علي رضى الله عنهما) جواب عن

(قوله قيل عطف الشافعى) أقول : القائل صاحب النهاية (قوله الكارى) أقول : بفتح الكاف .

وقال لجرهد : « وارفخذك ، أما علمت أن الفخذ عورة ؟ » ولأن الركبة ملتی عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفي مثله يغلب المحرم ، وحكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ ، وفي الفخذ أخف منه في السوءة ، حتى أن كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوءة يؤدب إن ليج (وما يباح النظر إليه للرجل من الرجل يباح المس) لأنهما فيما ليس بعورة سواء . قال (ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل إلى ما ينظر الرجل إليه منه إذا أمنت الشهوة) لاستواء الرجل والمرأة في النظر إلى ما ليس بعورة كالثياب والدواب . وفي كتاب الحنثي من الأصل : أن نظر المرأة إلى الرجل الأجنبي بمنزلة نظر الرجل إلى محارمه . لأن النظر إلى خلاف الجنس أغلظ . فإن كان في قلبها شهوة أو أكبر رأيها أنها تشهى أو شكت في ذلك يستحب لها أن تغض بصرها . ولو كان الناظر هو الرجل إليها وهو بهذه الصفة لم ينظر . وهذا إشارة إلى التحريم . ووجه الفرق أن الشهوة عليهن غالبية وهو كالمحقق اعتبارا . فإذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانبين ، ولا كذلك إذا اشتت المرأة لأن الشهوة غير موجودة في جانب حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد . والمتحقق من الجانبين في الإفضاء إلى المحرم أقوى من المتحقق في جانب

بطنه ووضع يده على سترته انتهى . وقال بعض المتأخرين بعد ما نقل ما ذكره العيني : قلت لا مخالفة بين الروایتين لإمكان الجمع بين المس والتقبيل . ولو سلم فذلك لا يضرننا بل يثبت مدعانا بالأولوية انتهى . أقول : كأن ذلك البعض خطب في استخراج ما رواه الطبرانی في معجمه حيث حسب أن معنى قوله ووضع يده على سترته ووضع أبو هريرة يده على سرة الحسن فبني عليه عدم المخالفة بين الروایتين بإمكان الجمع بين المس والتقبيل : يعني أن وضع أبي هريرة يده على سرة الحسن مس لما وهو لا ينافي تقبيله إياها فلا مخالفة بينهما . ثم بني عليه أيضا كلامه التسليمي : يعني لو سلم المخالفة بينهما فإرواه الطبرانی لا يضرننا بل يثبت مدعانا هاهنا وهو أن لا تكون السرة من العورة بالأولوية . فإن عدم جواز مس العورة بوضع اليد عليها أولى من عدم جواز تقبيلها . فإذا وضع أبو هريرة يده على سرة الحسن ولم يمنعه الحسن ثبت أن السرة ليست من العورة . لكن لا يمتنع على من له أدنى تمييز أن معنى قوله ووضع يده على سترته وضع الحسن يده على يده على سرة نفسه . وعن هذا قال : ووضع يده ، بالواو دون فوضع يده بالفاء كما قال في الرواية الأولى فقبل سترته . والأسلوب المقرر في الحكاية عن الاثنين إدخال الفاء عند الانتقال إلى حكاية قول الآخر أو فعله أو ترك العاطف والسلوك مسلك الاستئناف كما في قوله تعالى - قالوا سلاما قال سلام - وإذا قد كان معنى رواية الطبرانی ووضع الحسن يده على سترته كانت هذه الرواية مخالفة للرواية الأولى لعدم تيسر تقبيل سرة الحسن عند وضعه يده على سترته . ثم إنه إن كان مقصود الحسن رضي الله عنه من وضع يده على سترته في رواية الطبرانی التحرز عن انكشاف نفس السرة عند رفع ثوبه عن بطنه يشعر فعله المذكور بكون السرة من العورة وإن كان مقصوده منه التحرز عن انكشاف ما تحت السرة لا يدل فعله المذكور على كون نفس السرة من العورة فلم يحصل منه جزم بأحد الطرفين (قوله وما يباح للرجل النظر إليه من الرجل يباح المس لأنهما فيما ليس بعورة سواء) أقول : لقائل أن يقول : استواءهما فيه ممنوع . كيف وقد

قول أبي عصمة والشافعي رحمهما الله . وقوله (وقال عليه الصلاة والسلام لجرهد) جواب عن قول أهل الظاهر . وقوله (ولأن الركبة) دليل معقول على كون الركبة عورة : والباقي ظاهر . وقوله (لأنهما) أي لأن النظر والمس فيما ليس بعورة سواء . وقوله (ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل إلى ما ينظر الرجل إليه منه) عكس هذا القسم الذي نحن فيه . وقوله (ووجه الفرق) أي فرق ما ذكر في الأصل من جعل عدم نظرها إليه مستحبا وعدم نظره إليها واجبا هو أن الشهوة عليهن غالبية والغالب كالمحقق غالبا : ألا ترى أن وجوب العمل بخبر الواحد والقياس بسبب غلبة الصدق وغلبة الصحة لا بتحقيقهما ، وأن أبا حنيفة جوز الصلاة

(قوله عكس هذا القسم الذي نحن فيه) أقول : هذا هو القسم الثاني في ترتيبه . وهو عكس القسم الأول .

واحد . قال (وتنظر المرأة من المرأة إلى ما يجوز للرجل أن ينظر إليه من الرجل) لوجود المجانسة ، انعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل إلى الرجل ، وكذا الضرورة قد تحققت إلى الانكشاف فيما بينهما . وعن أبي حنيفة رحمه الله أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى محارمه ، بخلاف نظرها إلى الرجل لأن الرجال

مرء أن وجه الأجنبية وكفيها ليستا بعورة حيث يجوز للرجل أن ينظر إليهما إذا أمن الشهوة . ولكن لا يجوز له أن يمسهما وإن أمن الشهوة فلم يستو النظار والمس فيها . ويمكن أن يقال : المراد أنهما سواء فيه مالم يرد النص على خلاف ذلك كما في الصورة المارة . فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من مس كفف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جرة يوم القيامة » فما ذكر هاهنا من حديث الاستواء مقتضى القياس ، وما مر موجب النص فلا تنافي بينهما تدبر (قوله ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل إلى ما ينظر الرجل إليه منه) قال صاحب العنابة : قوله ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل إلى ما ينظر الرجل إليه منه عكس هذا القسم الذي نحن فيه . أقول : ليس الأمر كذلك في الظاهر . إذ الظاهر أن المراد بالقسم الذي نحن فيه هو الذي ذكر قبيل هذه المسئلة ، أعني قوله وينظر الرجل من الرجل إلى جميع بدنه إلا ما بين سرتيه إلى ركبته فإنه الصالح لأن يعنون بما نحن فيه . ولا يذهب عليك أن هذا الذي ذكر هنا ليس بعكس ذلك . وإنما هذا عكس القسم الأول المذكور في صدر الفصل . ويحتمل أن يكون مراده بالقسم الذي نحن فيه هو القسم الأول المذكور في صدر الفصل بناء على أن المصنف لما لم يستوف بعد أقسام ذلك القسم الأول بل أدخل في خلافا الأقسام الثلاثة الأخر من أصل التقسيم كما ستحيط به خبر الم يكن فارغا عن بيان ذلك القسم بالكلية . بل كان في عهده الآن بيان ما بقى منه . فهذا الاعتبار جاز أن يعبر عنه الشارح الزبور بالقسم الذي نحن فيه . وإن كان مستبعدا عند من له سلامة الفطرة . ثم إن بعض المتأخرين طعن في تحرير هذه المسئلة حيث قال : ولو نكر الرجل الثاني كان أولى . أقول : ليس هذا بشيء إذ لا يخفى على ذي مسكة أن المقصود من هذه المسئلة بيان حال الجنس مطلقا لا بيان بعض من أفراده . وإن كان غير معين فالأولى أن يعرف الرجل في الموضوعين معا تعريف الجنس لا أن ينكر الثاني ولا الأول تأمل تفهم (قوله وتنظر المرأة إلى ما يجوز للرجل أن ينظر إليه من الرجل) قال صاحب العنابة : هذا هو القسم الثالث من أصل التقسيم . أقول : بل هذا هو القسم الرابع منه كما لا يشبهه على أحد من أئمة النجاشي . ~~ولم ألتصق بكف خذ على مثل ذلك . والعجب أنه قد ابتلى بتأليه فيما مر~~ كما عرفت وأصر عليه . ولعل حكمة زلته في هذا الفصل ما وقع منه من سوء الظن بالمصنف حيث قال فيما بعد ~~والصالح في رعية~~ الترتيب في كلام المصنف ظاهر فصدر من نفسه ما هو أشد قبحا منه (قوله وعن أبي حنيفة أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى محارمه) يعني لا تنظر إلى ظهرها وبطنها . وهذا معنى قول صاحب الكافي : حتى لا يباح ذا النظر إلى ظهرها وبطنها . قال صاحب العنابة في شرح هذا المحل : يعني لا تنظر إلى ظهرها وبطنها وفخذها كما سيأتى انتهى . أقول : ذكر الفخذ هاهنا مستدرك

في السفينة قاعدا لأن دوار الرأس فيها غالب . وإذا كان كذلك . فإذا نظر الرجل إليها مشتبها وجذب الشهوة في الجانبين في جانبه . حقيقة لأنه هو المفروض ، وفي جانبها اعتبارا لقيام الغلبة مقام الحقيقة . وإذا نظرت إليه مشتبها لم توجد الشهوة من جانبه حقيقة لأن الفرض أنه لم ينظر . ولا اعتبار لعدم الغلبة فكانت الشهوة من جانبها فقط . والمتحقق من الجانبين في الإفضاء إلى المحرم أقوى من المتحقق من جانب واحد لا محالة . قال (وتنظر المرأة من المرأة الخ) هذا هو القسم الثالث من أصل التقسيم : ما جاز للرجل أن ينظر إليه من الرجل جاز للمرأة أن تنظر إليه من المرأة لوجود المجانسة وعدم الشهوة غالبا ، والغالب كما المتحقق كما في نظر الرجل إلى الرجل . والضرورة إلى الانكشاف فيما بينهما متحققة . قال صاحب النهاية : أى في الحمام ، وهذا دليل على أنهم لا يمنعون عن الدخول في الحمام خلافا لما يقوله بعض الناس . لأن العرف الظاهر في جميع البلدان ببناء الحمامات للنساء وتمكينهن من دخول الحمامات دليل على صحة ما قلنا . وحاجة النساء إلى دخول الحمامات فوق حاجة الرجال ، لأن المقصود تحصيل الرينة والمرأة إلى هذا أحوج من الرجل . ويتمكن الرجل من الاغتسال في الأنهار والحياض والمرأة لا تتمكن من ذلك . إلى هذا أشار

(قوله لأن الفرض أنه لم ينظر) أقول : متى فرض ذلك ؟

يحتاجون إلى زيادة الانكشاف للاشتغال بالأعمال . والأول أصح . قال (وينظر الرجل من أمته التي تحل له وزوجته إلى فرجها) وهذا إطلاق في النظر إلى سائر بدنهما عن شهوة وغير شهوة . والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « غض بصرك إلا عن أمتك وامراتك » ولأن ما فوق ذلك من المس والغشيان مباح فالنظر أولى . إلا أن الأولى أن لا ينظر كل واحد منهما إلى عورة صاحبه لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا أتى أحدهم أهله فليستر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير » ولأن ذلك يورث النسيان لورود الأثر . وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول : الأولى أن ينظر ليكون أبلغ في تحصيل معنى اللذة . قال (وينظر الرجل من ذوات محارمه إلى الرجة والرأس والصدر والعساقيين والعصدين . ولا ينظر إلى ظهرها وبطنها وفخذها) .

بل نخل لأن عندهم جواز نضر المرأة إلى فخذ المرأة قد تقر . في القول الأول . لأن الفخذ ليس مما يجوز أن ينظر الرجل إليه من الرجل . والذي لا بد له هنا منه بيان ما يمتاز به القول الثاني عن القول الأول . وهو أن لا تنظر إلى ظهرها وبطنها أيضا : وذكر الفخذ في هذا الأثناء يوهم جواز النظر إليه في القول الأول (قوله والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « غض بصرك إلا عن أمتك وامراتك ») قال في الكافي بعد ذكر هذا الأصل الذي هو حديث أبي هريرة : وقالت عائشة رضي الله عنها : « كنت أغتسل أنا ورسول الله من إناء واحد . وكنت أقول بقرى بقرى » وهو يقول بقرى بقرى « ولو لم يكن النظر مباحا لما تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه انتهى . وقصد الشارح العيني تزييف الاستدلال على المدعى ها هنا بحديث عائشة رضي الله عنها فقال بعد أن ذكر الاستدلال بذلك : قلت : لا يتم الاستدلال بهذا لأنه لا يلزم أن يكون اغتسلهما معا بل يجوز أن يكون متعاقبين ولكن في ساعة واحدة . ولئن سلمنا فلا يدل ذلك على أن كلا منهما كان ينظر إلى فرج الآخر . كيف وقد روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت « قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ير مني ولم أر منه » انتهى . أقول : ليس شيء من كلامه المنى والتسليمي بصحيح . أما الأول فلأن قولها رضي الله عنها « وكنت أقول بقرى بقرى » وهو يقول بقرى بقرى « يدل قطعا على أن يكون اغتسلهما معا . إذ لو كان على التعاقب لما صح من المتقدم منهما طلب ببقية الماء من الآخر . إذ المباشرة أولا هو المتقدم فالتبعية وظيفته لا وظيفة الآخر : فلا معنى لطلبها من الآخر . وأما الثاني فلأن المدعى ها هنا مجرد جواز النظر إلى الفرج لا لزوم وقوعه البتة . ولا شك أن تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه يدل على جواز ذلك فإن التجرد سبب لرؤية العورة عادة : فلو لم يكن النظر إليها مباحا لزوج لما وقع التجرد منهما للقطع بتحرز النبي صلى الله عليه وسلم عن مظان الحرمة . ثم إن مجرد جواز النظر إلى فرج الزوج لا ينافي عدم وقوعه منهما تأدبا على مقتضى مكارم الأخلاق . فلا تدافع بين حديثي عائشة أصلا (قوله وينظر الرجل من ذوات محارمه إلى الوجه والرأس والصدر والعساقيين والعصدين . ولا ينظر إلى ظهرها وبطنها وفخذها) أقول : كان الأنسب أن لا يذكر الفخذ ها هنا . فإنه لما

في المتوسط . وقوله كنظر الرجل إلى محارمه : يعني لا ينظر إلى ظهرها وبطنها وفخذها كما سيأتي . قال المصنف رحمه الله (والأول أصح) لأن نظر الجنس أخف . قال (وينظر الرجل من أمته الخ) هذا هو القسم الثاني من أقسام نظر الرجل إلى المرأة ، والتسامح في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر . وقيد بقوله من أمته التي تحل له . لأن حكم أمته المحبوسة والتي هي أخته من الرضاع حكم أمة الغير في النظر إليها : لأن إباحة النظر إلى جميع البدن مبنية على حل الوطء فتنتفي بانقضائه . والعير : هو الحمار الوحشي . وخصه بالذكر لأن للأهلي نوع ستر من الأقتاب والثفر . وقد قيل هو الأهلي أيضا . وقول ابن عمر رضي الله عنهما : الأولى أن ينظر : يعني وقت الوقاع . روى عن أبي يوسف رحمه الله في الأمالي قال : سألت أبا حنيفة رحمه الله عن الرجل يمس فرج امرأته أو تمس هي فرجه ليتحرك عليها هل ترى بذلك بأسا ؟ قال لا . أرجو أن يعظم الأجر . قال (وينظر الرجل من ذوات محارمه الخ) هذا هو القسم الثالث من ذلك نظر الرجل إلى الوجه والرأس والصدر والعساقيين والعصدين من ذوات محارمه جائر دون بطنها

تقرر فيها مرة عدم جواز أن ينظر الرجل من الرجل مطلقا : أي وإن كان ذا رحم محرم منه إلى ما بين سرته إلى ركبته علم عدم جواز أن ينظر الرجل من المرأة وإن كانت من ذوات محارمه إلى ما بين سرتها إلى ركبته بالأولوية ، لأن النظر إلى خلاف الخنثى أغلظ ، وعن هذا لم يتعرض صاحب المحيط في هذا المقام لذكر شيء مما بين السرة والركبة حيث قال : ولا يحل أن ينظر إلى بطنها ولا إلى ظهرها ولا إلى جنبها : ولا يمس شيئا من ذلك انتهى . وظهر منه أيضا أن ذكر الخنثى أحق من ذكر الفخذ ها هنا . فإن قلت : المقصود من ذكر الفخذ في الكتاب بيان الواقع والتصريح بما علم التزاما مما تقدم . قلت : فحينئذ كان الأنسب أن يقال : بدل وفخذها ما بين سرتها إلى ركبته كما ذكره صاحب البدائع حيث قال : ولا يحل النظر إلى ظهرها وبطنها وإلى ما بين السرة والركبة منها ومسها انتهى . فإن فيه عموم الإفادة . فإن قلت : المقصود بالاكْتفاء بذكر الفخذ هو السلوك مسلك الدلالة في إفادة حرمة النظر إلى ما عداها أيضا مما بين السرة والركبة بالأولوية . قلت : فحينئذ كان الأحق الاكْتفاء بذكر الركبة ، فإن حكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ ، وفي الفخذ أخف منه في السوءة كما تقرر فيما مر ، فبذكر الفخذ لا يعلم حكم الركبة دلالة لكونها أخف منه في حرمة النظر . وأما بذكر الركبة فيعلم حكم الفخذ والسوءة أيضا دلالة بالأولوية لكونهما أقوى منها في حرمة النظر . ثم إن بعض المتأخرين قصد حل بعض عبارة هذه المسئلة فقال : وأصل التركيب ذوات الرحم المحارم على أن المحارم صفة الذوات ، وقد يحذف الرحم فيقال ذوات المحارم بطريق المسامحة . والنكتة فيه شمول المسئلة للمحرم بسبب كما سيجيء ، وجعل المحرم ها هنا مصدرا ميميا بمعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه لا بلائمه تفسيره بما سيجيء فتأمل ، إلى هنا كلامه . أقول : فيه خلل . أما أولا فلأنه لو كان أصل التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم على أن المحارم صفة الذوات فحذف الرحم وأضيفت الذوات إلى المحارم بطريق المسامحة كان مدلول هذه المسئلة مختصا بالمحرم بنسب . إذ الرحم لا يتصور في غير النسب فلا مجال لأن تكون النكتة في حذف الرحم وإضافة الذوات إلى المحارم شمول المسئلة للمحرم بسبب . لأن النكتة في العبارة لاتصلح أن تغير المعنى بالكلية حتى تنقله من الخصوص إلى العموم . وبالجملة بين أن يكون معنى التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم وبين أن تشمل المسئلة المذكورة المحرم بسبب تناف لا يتحقق . وأما ثانيا فلأن قوله وجعل المحرم ها هنا مصدرا ميميا بمعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه لا بلائمه تفسيره بما سيجيء ليس بسديد . فإن كلا من قوله مع عدم استعماله فيه ومن قوله لا بلائمه تفسيره بما سيجيء في حيز المنع . أما الأول فلأنه قال في المغرب : والمحرم الحرام والحرمة أيضا . وقال في البدائع : النساء في هذا الباب سبعة أنواع . نوع منهن المنكوحات ، ونوع منهن المملوكات ، ونوع منهن ذوات الرحم المحرم كالأم والبنت والعمة والحالة . ونوع منهن ذوات المحرم بلا رحم وهن المحارم من جهة الرضاع والمصاهرة : ونوع منهن مملوكات الأغيار ، ونوع منهن من لا رحم لهن ولا محرم وهن الأجنبية الحرائر ، ونوع منهن من ذوات الرحم بلا محرم كبنات العم والعمة والخال والحالة اهـ . ولا يخفى على الفطن أن المحرم المذكور ثمة في مواضع متعددة إنما يصلح منه أن يكون بمعنى الحرام ما ذكر في قوله ذوات الرحم المحرم والباقي منه بمعنى الحرمة لا غير كما في قوله ذوات المحرم بلا رحم ، وقوله من لا رحم لهن ولا محرم ، وقوله ذوات الرحم بلا محرم يظهر كل ذلك بالتأمل الصادق والذوق الصحيح . وقال في فتاوى قاضيهان : ولا بأس بالرجل أن ينظر من أمه وابنته وأخته البالغة وكل ذات رحم محرم منه كالجذات وأولاد الأولاد والعمات والخالات إلى شعرها ورأسها وصدرها وبطنها وعنقها وعضدها وساقها . ولا ينظر إلى ظهرها وبطنها ولا إلى ما بين سرتها إلى أن تجاوز الركبة . وكذا إلى كل ذات محرم برضاغ أو صهرية كزوجة الأب والجدة وإن علا وزوجة الابن وأولاد الأولاد وإن سفلوا . وابنة المرأة المدخول بها . فإن لم يكن دخل بها فهى كالأجنبية انتهى .

وظهرها وفخذها . وقال الشافعي رحمه الله في القديم : لا بأس بذلك . جعل حالها كحال الخنثى في النظر ، وهو عجوج بخكم الظهار فإنه ثابت إذا قال لامرأته أنت على كظهر أمي . فلو كان النظر إليه حلالا لما كان ظهارا لأن الظهار تشبيه المحلة بالحرمة .

والأصل فيه قوله تعالى - ولا يبدین زینتھن - إلا لبعولتھن - الآية ؛ والمراد والله أعلم مواضع الزينة وهي ما ذكر في الكتاب - ويدخل في ذلك الساعد والأذن والعنق والقدم - لأن كل ذلك موضع الزينة - بخلاف الظهر والبطن والفخذ لأنها ليست من مواضع الزينة ؛ ولأن البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مہنتها عادة - فلو حرم النظر إلى هذه المواضع أدت إلى الحرج ؛ وكذا الرغبة

ولا يخفى على الفطن أيضا أن المحرم المذكور في قوله وكذا إلى كل ذات محرم برضاع أو صهرية بمعنى الحرمة دون الحرام - إذ لا معنى لأن يقال : كل ذات حرام : أي صاحبة حرام - لأن الحرام هي صاحبة الحرمة نفسها فلا معنى لإضافة الذات إليه - وأما الثاني فلأنه إنما لا يلائمه تفسيره بما سيجيء لو كان مراد المصنف بما سيجيء تفسير المحرم الذي هو مفرد المحارم في قوله وينظر الرجل من ذوات محارمه - وأما إذا كان مراده بذلك تفسير المحرم بمعنى الحرام المأخوذ من مجموع قوله ذوات محارمه لامن قوله محارمه فقط فلا يازم عدم الملازمة كما لا يخفى - والظاهر أن مراد المصنف هو الثاني - ويعضده تقرير صاحب المحيط في هذه المسئلة حيث قال : وأما النظر إلى ذوات محارمه فتقول : يباح النظر إلى موضع زینتھا الظاهرة والباطنة - ثم قال : وذوات المحارم من حرم عاينہ نکاحھن بالنسب نحو الأمهات والبنات والجدات والعمات والحالات وبنات الأخ وبنات الأخت ؛ أو بالسبب كالرضاع والمصاهرة انتهى - فإنه فسر ذوات المحارم بما فسر به المصنف المحرم نفسه - ثم إن التحقيق في معنى التركيب المذكور وهو قولهم ذوات محارمه أنه إذا أريد به من حرم عاينہ نکاحھن بالنسب وحده - ويجوز أن يكون أصله ذوات الرحم المحارم على أن يكون المحارم صفة الذوات وتكون جمع محرم بمعنى حرام - ويجوز أن يكون معناه ذوات الحرمات على أن يكون المحارم جمع محرم بمعنى الحرمة - وأما إذا أريد به من حرم عاينہ نکاحھن بنسب أو سبب كما في مسئلة الكتاب فلا مجال لتقدير الرحم لكونه منافيا للتعميم بل يتعين المعنى الثاني (قوله والأصل فيه قوله تعالى - ولا يبدین زینتھن - الآية) قال صاحب العناية في شرح هذا انتقام : وقوله والأصل فيه : أي في جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجوز على تأويل المذكور قوله تعالى - ولا يبدین زینتھن - الآية - وتبعه الشارح العيني أقول فيه نظر - لأن الآية المذكورة إنما تدل على جواز ما جاز وهو النظر إلى مواضع الزينة - ولا تدل على عدم جواز ما لم يجوز - وإنما يدل عليه آية أخرى وهي قوله تعالى - قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم - كما أفصح عنه صاحب البدائع حيث قال : ولا يحل النظر إلى ظهرها وبطنها ولا ما بين السرة والركبة منها ومسها لعموم قوله تعالى - قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم - إلا أنه رخص للمحارم النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بقوله تعالى - ولا يبدین زینتھن - الآية - فبقى غض البصر عما وراءها مأمورا به - وإذا لم يحل النظر فالبس أولى لأنه أقوى انتهى ؛ أو آية الظاهر كما أشار إليه صاحب المحيط حيث قال : ولا يحل أن ينظر إلى بطنها ولا إلى ظهرها ولا إلى جنبها ولا يمس شيئا من ذلك - والوجه فيه أن الله تعالى سمي الظاهر في كتابه منكرا من القول وزورا - وصورة الظاهر أن يقول الرجل لامرأته : أنت كظهر أمي ، ولولا أن ظهرها محرم عليه نظرا ومسا لما سمي الظاهر منكرا من القول وزورا - وإذا ثبت هذا في الظهر ثبت في البطن والجنبين انتهى فتأمل (قوله ولأن البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مہنتها عادة ، فلو حرم النظر إلى هذه المواضع أدت إلى الحرج) قال بعض المتأخرين : وتقرير هذا الدليل واضح ، إلا أن قوله يدخل على البعض من غير استئذان يشكل بما ذكره

وقوله (والأصل فيه) أي في جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجوز على تأويل المذكور (قوله تعالى - ولا يبدین زینتھن - الآية) والمراد والله أعلم مواضع الزينة ، ذكر الحال وأراد المحل بمبالغة في التهي عن الإبداء ، لأن إبداء ما كان منفصلا إذا كان منها عنه فإبداء المتصل أولى ؛ وذلك كقوله تعالى - ولا القلائد - في حرمة تعرض محلها - وقوله (وهي ما ذكر في الكتاب) يريد به الوجه إلى آخره ، ويدخل في ذلك : أي في مواضع الزينة المدلول عليها بالزينة الساعد والأذن والعنق والقدم ، لأن كل ذلك موضع الزينة ؛ أما الرأس فلأنه موضع التاج والإكليل ، والشعر موضع العقاص ؛ والعنق موضع القلادة والصدر كذلك ، والأذن موضع القرط - والعصد موضع الدمليج ، والساعد موضع السوار ، والكف موضع الخاتم ، والحضاب والساق موضع الخلخال ، والقدم

تقلّ للحرمة المؤبدة فقلما تشبهى ، بخلاف ما وراءها ، لأنها لا تنكشف عادة . والمحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينها على التأييد بنسب كان أو بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه ، وسواء كانت المصاهرة بنكاح أو سفاح في الأصح لما بيننا . قال (ولا بأس بأن يمسه ما جاز أن ينظر إليه منها) لتحقيق الحاجة إلى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمة ، بخلاف وجه الأجنبية وكفها حيث لا يباح المس وإن أبيع النظر لأن الشهوة متكاملة (إلا إذا كان يخاف عليها أو على نفسه الشهوة) فحينئذ لا ينظر ولا يمسه لقوله عليه الصلاة والسلام « العيانان تزنيان وزناهما النظر ، واليدان تزنيان وزناهما البطش ، وحرمة الزنا بذوات المحارم أغلظ فيجتنب . (ولا بأس بالخلوة والمسافرة بهن) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام ولياليها إلا ومعه زوجها أو ذورحم محرم منها »

صاحب البدائع في مسائل الدخول في بيت الغير أنه إذا كان من محارمه فلا يدخل عليه من غير استئذان ، وربما كانت مكشوفة العورة فيقع بصره عليها فيكرهان ذلك : ثم استدل عليه بآثار انتهى كلامه . أقول : مراد المصنف بقوله إن البعض يدخل على البعض من غير استئذان أن العادة جرت بين الناس على دخول بعض المحارم على بعضهم من غير استئذان ، لأنه أمر مندوب في الشرع وما ذكره صاحب البدائع حكم الشرع في أمر الدخول في بيت الغير فإنه قال . وأما حكم الدخول : في بيت الغير فالداخل لا يخلو إما أن يكون أجنبيا أو من محارمه ، فإن كان أجنبيا فلا يحل له الدخول فيه ، ثم قال : وإن كان من محارمه فلا يدخل من غير استئذان أيضا وإن كان يجوز له النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة ، ثم قال : إلا أن الأمر في الاستئذان على المحارم أسهل وأيسر ، لأن المحرم مطلق النظر إلى مواضع الزينة منها شرعا انتهى . فقد تلخص منه أن الدخول في بيت الأجنبي من غير استئذان حرام ، والدخول في بيت محارمه من غير استئذان مكروه ، ويكفي في التأدي إلى الحرج جريان العادة بين الناس بدخول بعض المحارم على بعضهم بلا استئذان ، وإن كان ذلك مما لا يمدح في حكم الشرع والحرج مدفوع شرعا فلا إشكال (قوله والمحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينها على التأييد بنسب كان أو سبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه) يعنى بالمعنيين الضرورة وقلة الرغبة ، كذا في الشروح . وفي عبارة بعضهم : يعنى الحرج وقلة الرغبة . قال تاج الشريعة : فإن قلت : فعلى هذا يلغى أن لا يقطع إذا سرق المرء من بيت أمه من الرضاع لجواز الدخول من غير احتشام واستئذان فوق نقصان في الخرز . قلت : لا يقطع عند البعض . وأما جواز الدخول من غير استئذان فممنوع ، ذكر خواهر زاده أن المحارم من جهة الرضاع لا يكون لهم الدخول من غير حشمة واستئذان ولهذا يقطعون بسرقة بعضهم من بعض ، انتهى كلامه . واقتفى أثره العيني في ذكر هذا السؤال والجواب بعينهما . أقول : ليس الجواب بتمام ، أما قوله قلت لا يقطع عند البعض فلأن عدم القطع عند البعض هو إحدى الروايتين

موضع الخضاب ، بخلاف الظهر والفخذ والبطن لأنها ليست مواضع الزينة ، وباقى كلامه واضح . وقوله (لوجود المعنيين) يعنى الضرورة وقلة الرغبة فيه : أى في المحرم . وقوله في الأصح متعلق بقوله أو سفاح ، لأن اختلاف المشايخ في المصاهرة بالزنا لا فيها بالنكاح ، فإن بعض مشايخنا رحمهم الله قال : لا يثبت حلّ المسّ والنظر بالمصاهرة سفاحا ، لأن ثبوت الحرمة بطريق العقوبة على الزاني لا بطريق النعمة ، لأنه لما ظهرت خيانتة مرة لا يؤتمن ثانيا . والأصح أنه لا بأس بذلك لما بيننا أنها محرمة عليه على التأييد ، ولا وجه لقوله ثبوت الحرمة بطريق العقوبة لأنها تثبت باعتبار كرامة الولد على ما عرف في موضعه (قال : ولا بأس بأن يمسه ما جاز أن ينظر إليه منها لوجود مقتضى للإباحة) وهو الحاجة إلى ذلك في المسافرة وانتفاء المانع وهو وفور الشهوة . وقوله (إلا إذا كان يخاف عليها) استثناء من قوله ولا بأس ، وكلمة فوق في قوله عليه الصلاة والسلام « فوق ثلاثة أيام » صلة ، لأن حرمة المسافرة ثابتة في ثلاثة أيام أيضا فكان كقوله تعالى - فإن كنّ نساء فوق اثنتين - وإذا جازت المسافرة بهن جازت الخلوة

(قوله لأنه لما ظهرت خيانتة الخ) أقول : فيه بحث ، ثم الظاهر أن يقال : ولأنه الخ .

وقوله عليه الصلاة والسلام « ألا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فإن ثالثهما الشيطان » والمراد إذا لم يكن محرما ، فإن احتاج إلى الإركاب والإنزال فلا بأس بأن يمسه من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما إذا أمنا الشهوة ، فإن خافها على نفسه أو عليها تيقنا أو ظنا أو شكنا فليجتنب ذلك بجده . ثم إن أمكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك أصلا ، وإن لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها ، وإن لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الإمكان . قال (وينظر الرجل من مملوكة غيره إلى ما يجوز أن ينظر إليه من ذوات محارمه) لأنها تخرج لحوائج مولاهم وتخدم أضيافه وهى فى ثياب مهنتها ، فصار حالها خارج البيت فى حق الأجانب كحال المرأة داخله فى حق محارم الأقارب . وكان عمر رضى الله عنه إذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال : ألقى عنك الحمار يادفار أنتشبهين بالحرائر ؟ ولا يخل النظر إلى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل إنه يباح إلا إلى مادون السرة إلى الركبة ، لأنه لا ضرورة كما فى المحارم ، بل أولى لقلة الشهوة فيهن وكالماء فى الإماء . ولغظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة وأم الولد لتحقق الحاجة ، والمستسعاة كالمكاتبة عند أبي حنيفة على ما عرف ، وأما الخلوة بها والمسافرة معها

عن أبي يوسف كما مر فى كتاب السرقة لا يدفع السؤال على قول أبي حنيفة ومحمد . وعلى قول أبي يوسف أيضا فى رواية أخرى عنه فإن كون المحرم بسبب الرضاع فى حكم المحرم بالنسب متفق عليه . وإذا كانت العلة فى ذلك وجود المعنيين المذكورين كما قاله المصنف يتوجه السؤال المذكور على قول الأكثر وهو القول المختار وظاهر الرواية كما تقرر فى كتاب السرقة ، ولا يدفعه عدم القطع عند البعض كما لا يخفى . وأما قوله وأما جواز الدخول من غير استئذان فممنوع ، وتأيد ذلك بما ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده فلأنه إن لم يكن للمحارم من جهة الرضاع الدخول من غير حشمة واستئذان لم يصح قول المصنف لوجود المعنيين فيه ، فإن وجود أحد ذينك المعنيين فيه يتوقف على أن يكون له الدخول من غير حشمة واستئذان كما تحققته ، ومبنى السؤال المذكور على صحة قوله كما يفسح عنه الفاء فى قول السائل فعلى هذا ينبغي أن لا يقطع إذا سرق المراء من بيت أمه من الرضاع ، فالأولى فى الاستدلال على كون المحرم بسبب فى حكم المحرم بنسب أن يصار إلى الدليل النقلى كما فعله صاحب البدائع حيث قال : وأما النوع الرابع وهو ذوات المحرم بلا رحم فحكمهن حكم ذوات الرحم المحرم . والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » وروى « أن أفلح استأذن أن يدخل على عائشة رضى الله عنها ، فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه الصلاة والسلام : ليلج عليك فإنه عمك أَرْضَعْتَكِ أُمُّهُ أَخِيهِ » انتهى . وقال فى المبسوط بعد ما ذكر حكم ذوات المحارم بالنسب والمحرم بالرضاع وكذلك المحرمة بالمصاهرة لأن الله تعالى سوى بينهما بقوله - فجعله نسبا وصهرا - (قوله وقوله عليه الصلاة والسلام « ألا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فإن ثالثهما الشيطان » والمراد إذا لم يكن محرما) أقول : لقائل أن يقول : كون المراد إذا لم يكن محرما ليس بأجلى من أصل المسئلة لجواز أن يكون المراد إذا لم يكن زوجا ، فهذا الاحتمال كيف

بين لأن فى المسافرة خلوة . وقوله (فإن احتاج إلى الإركاب) أى إركاب ذوات المحارم ، والأصل فى ذلك أن لا يجوز مس ما يجوز أن ينظر الرجل إليه لأن المس فوق النظر ، لكنه جاز « لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل رأس فاطمة رضى الله عنها ويقول : أجده منها ريح الجنة » وكان ذلك لاعتن شهوة قطعا ، فيجوز المس مع الاعتناء عن الشهوة ما أمكن . قال (وينظر الرجل من مملوكة غيره الخ) هذا آخر الأقسام من ذلك وكلامه واضح . وقوله علاها : أى ضرب علاتها وهى رأسها بالدرة . وقوله (خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل رحمه الله أنه يباح إلا إلى مادون السرة إلى الركبة) وجهه ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : ومن أراد أن يشترى جارية فليتنظر إليها إلا فى موضع المزور . وتعامل أهل الحرمين ووجه العامة ما ذكره فى الكتاب . وقوله (وأما الخلوة بها والمسافرة معها) يعنى إذا أمن بذلك علم نفسه وعليها فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه : فمنهم من قال :

فقد قيل يباح كما في المحارم ، وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة فيهن ، وفي الإركاب والإنزال اعتبر محمد في الأصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة . قال (ولا بأس بأن يمس ذلك إذا أراد الشراء وإن خاف أن يشتهي) كذا ذكره في المختصر ، وأطلق أيضا في الجامع الصغير ولم يفصل . قال مشايخنا رحمهم الله : يباح النظر في هذه الحالة وإن اشتهى للضرورة ، ولا يباح المس إذا اشتهى أو كان أكبر رأيه ذلك لأنه نوع استمتاع ، وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة . قال (وإذا حاضت الأمة لم تعرض في إزار واحد) ومعناه بلغت ، وهذا موافق لما بينا أن الظاهر والبطن منها عورة . وعن محمد أنها إذا كانت تشتهي ويجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في إزار واحد لوجود الاشتاء . قال (والخصى في النظر إلى الأجنبية كالفحل) لقول عائشة رضي الله عنها : الخصاء مثله فلا يبيع ما كان حراما قبله ولأنه فحل يجامع . وكذا المحبوب لأنه يسحق وينزل ،

يثبت المدعى ، ولئن سلم كون المراد ذلك فجواز أن يخلو الرجل بامرأة ذات محرم منه لا يستفاد من هذا الحديث إلا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا (قوله والخصى في النظر إلى الأجنبية كالفحل لقول عائشة رضي الله عنها : الخصاء مثله فلا يبيع ما كان حراما قبله) قال الشارح العيني : هاهنا إيرادان على المصنف الأول أن هذا لم يثبت عن عائشة رضي الله عنها ، وإنما أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه عن ابن عباس قال : حدثنا أسباط بن محمد بن فضل عن مطرف عن رجل عن ابن عباس قال : خصاء البهائم مثله ، ثم تلا - ولآمرهم فليغيرن خلق الله - وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن مجاهد وعن شهر بن خوشب الخصاء مثله ذكره في كتاب الحج . الثاني أن هذا لا يدل على مدعاهم ، فإن كون الخصاء مثله لا يدل على أن نظر الخصى إلى الأجنبية كالفحل ، إلى هاهنا كلامه . أقول : كل من إراديه ساقط . أما الأول فلأن حاصله عدم ثبوت هذا القول عن عائشة رضي الله عنها عنده بطريق الإسناد ، وهو لا يقتضي عدم ثبوته عند المجتهدين بطريق الإسناد أو بطريق الإرسال ، وقد روى ذلك عن عائشة رضي الله عنها في عامة كتب أصحابنا بطريق الإرسال ، وتقرر في علم الأصول أن مرسل الصحابي مقبول بالإجماع ، ومرسل القرن الثاني والثالث وإن لم يقبل عند الشافعي بدون أن يثبت اتصاله من طريق آخر كمراسيل سعيد بن المسيب إلا أنه يقبل عندنا وعند مالك على الإطلاق ، حتى قالوا إنه فوق المسند ، ومرسل من دون هؤلاء يقبل عند بعض أصحابنا ويرد عند البعض ، فهذا القول المرسل إلى عائشة رضي الله عنها إن كان من مراسيل القرن الثاني أو الثالث فلا شك في كونه مقبولا عندنا ، وإن كان من مراسيل من دون القرن الثالث فهو أيضا مقبول على القول المختار من أصحابنا . وأما الثاني فلأن قوله فلا يبيع ما كان حراما قبله من كلام عائشة كما يدل عليه تقارير الثقات في عامة المغتبرات ، فدلالة أثر عائشة رضي الله عنها على المدعى أظهر من أن يخفى . ثم أقول : ولكن بقي هاهنا شيء وهو أنه قد ذكر في أصول الفقه أن قول الصحابي فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا اختلافهم فيه إنما يوجب التقليد فيما لا يدرك بالقياس لأنه لا وجه له إلا السماع أو الكذب ، والثاني منتف فنعين الأول لافيا يدرك بالقياس لأن القول بالرأى منهم مشهور والمجتهد يخطئ ويصيب ، والظاهر أن ما نحن فيه مما يدرك بالقياس ، ولهذا استدلوا عليه بالدليل العقلي الذي مرجعه القياس على ما تقرر في علم الأصول حيث قالوا : ولأنه فحل يجامع ، ولم يعلم اتفاق سائر الصحابة على قول عائشة المذكور هنا فيلزم أن لا يوجب التقليد فكيف يتم الاستدلال به (قوله وكذا المحبوب لأنه يسحق وينزل) قال بعض المتأخرين :

يحل واعتبرها بالمحارم وإليه مال شمس الأئمة رحمه الله ، وقيل لا يحل لعدم الضرورة وإليه مال الحاكم الشهيد رحمه الله (وفي الإركاب والإنزال اعتبر محمد رحمه الله الضرورة فيهن) يعني التي لا مدفع لها (وفي المحارم مجرد الحاجة) أي نفس الحاجة لا الضرورة . وقوله (ولا بأس بأن يمس ذلك) أي المواضع التي يجوز النظر إليها (إذا أراد الشراء وإن خاف أن يشتهي كذا في المختصر وأطلق في الجامع) لفظ الجامع الصغير فقال : رجل أراد أن يشتري جارية لا بأس بأن يمس ساقها وذراعيها وصدورها وينظر إلى صدرها

وكذا الخنث في الرديء من الأفعال لأنه فحل فاسق . والحاصل أنه يؤخذ فيه بحكم كتاب الله المنزل فيه . والطفل الصغير مستثنى بالنص . قال (ولا يجوز للمملوك أن ينظر من سيده إلا إلى ما يجوز للأجنبي النظر إليه منها . وقال مالك : هو كالحرم ، وهو أحد قولي الشافعي لقوله تعالى - أو ما ملكت أيماهن - . ولأن الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استئذان . ولنا أنه فحل غير محرم ولا زوج . والشبهة متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لأنه يعمل خارج البيت .

ويسحق بفتح الباء وينزل بضمها : أي يفعل الإنزال . ولا حاجة إلى تقدير المفعول كما فعله العيني حيث قال المنى بعد قوله وينزل انتهى . أقول : الصواب ما فعله العيني . لأنه لو كان معنى ينزل هنا يفعل الإنزال كان هذا الفعل المتعدى منزلاً منزلة اللازم للقصد إلى نفس الفعل كما في نحو قولك فلان يعطي : أي يفعل الإعطاء . ويوجد هذه الحقيقة على ما ذكر في الفتاح وغيره وليس ذلك المعنى بصحيح هنا . إذ لا يثبت المطلوب بمجرد كون المحبوب فاعل حقيقة الإنزال . فإن هذا يتحقق بإنزاله البول ونحوه وليس ذلك بعلة لحرمة النظر إلى الأجنبية لا محالة . وإنما العلة ذا شبهة المنى فلا بد من تعيين مفعول ينزل هنا بالمنى حتى يتم المطاوب (قوله والحاصل أنه يؤخذ فيه بحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه) أي يؤخذ في كل واحد منها . كذا في شرح تاج الشريعة . وقال بعض الفضلاء : أي في الخنث الذي في أعضائه لين وتكسر بأصل الحلقة ولا يشبهى النساء على سبيل الاستخدام انتهى . أقول : الحق ما قاله تاج الشريعة . أما أولاً فلأنه يصح أنه يؤخذ في كل واحد من الأصناف الثلاثة المارة : أعنى الخصى والمحجوب والخنث بحكم كتاب الله تعالى بلاريب وهو قوله تعالى - قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم - وكذا قوله تعالى - ولا يبدن زينهن إلا لبعولتهن - الآية ، فما معنى تخصيص ذلك بالثالث وحده مع إمكان حمله على الثلاثة جميعاً ، ومقصود المصنف من كلامه هذا بيان دليل آخر أقوى مما ذكره . أولاً جامع للصور الثلاث معاً كما ترى . وأما ثانياً فلأن كلمة الحاصل تقتضي في الاستعمال تفصيلاً سابقاً يكون ما ذكر في حيزها تلخيصاً لذلك التفصيل ، وهذا إنما يتصور هنا إذا كان كلام المصنف هذا ناظراً إلى مجموع الصور الثلاث المارة لا إلى الصورة الثالثة وحدها . سيما لو أريد بالضمير المجرور في قوله يؤخذ فيه الخنث بالمعنى الغير المذكور فيما مر على سبيل الاستخدام كما زعمه ذلك البعض فإنه لا يكون حينئذ للكلمة الحاصل مساس بما قبلها أصلاً كما لا يخفى على ذي فطنة .

وساقها مكشوفين ، والباقي واضح . وقواه (وكذا الخنث في الرديء من الأفعال) يعنى من يمكن غيره من نفسه ، احترازاً عن الخنث الذى في أعضائه لين وتكسر بأصل الحلقة ولا يشبهى النساء فإنه رخص بعض مشايخنا رحمهم الله في ترك مثله مع النساء استدلالاً بقوله تعالى - أو التابعين غير أولى الإربة من الرجال - قيل هو الخنث الذى لا يشبهى النساء ، وقيل هو المحجوب الذى جهت ماؤه . وقيل المراد به الأبله الذى لا يدري ما يصنع بالنساء إنما هم بطنه وفيه كلام فإنه إذا كان شاباً ينحى عن النساء ، وإنما ذلك إذا كان شيخاً كبيراً ماتت شهوته . والأصح أن نقول قوله تعالى - أو التابعين من المشابهات - وقوله تعالى - قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم - محكم تأخذ به ، وإليه أشار المصنف رحمه الله بقوله فالحاصل أنه يؤخذ فيه بحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه (والطفل الصغير مستثنى بالنص) وهو قوله تعالى - أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء - أى لم يطلعوا : أى لا يعرفون العورة ولا يميزون بينها وبين غيرها . وقوله (ولا يجوز للمملوك) واضح .

(قال المصنف : والحاصل أنه يؤخذ فيه) أقول : أي في الخنث الذى في أعضائه لين وتكسر بأصل الحلقة ، ولا يشبهى النساء على سبيل الاستخدام (قال المصنف : بحكم كتاب الله تعالى) أقول : إطلاق المحكم لعله على التشبيه (قوله أى لم يطلعوا) أقول : فقوله لم يظهروا من الظهور بمعنى الاطلاع .

والمراد بالنص الإمام ، قال سعيد والحسن وغيرهما : لا تغرتكم سورة النور فإنها في الإناث دون الذكور : قال (ويعزل عن أمته بغير إذنهما ولا يعزل عن زوجته إلا بإذنهما) لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن

(قوله والمراد بالنص الإمام. قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرتكم سورة النور فإنها في الإناث دون الذكور) قال صاحب النهاية أطلق اسم سعيد ولم يقيده بالنسبة ليصح تناوله للسعيدين على ما روينا من رواية المبسوط انتهى وتبعه جماعة من الشراح في هذا التوجيه . وردة صاحب الغاية حيث قال : أراد به سعيد بن المسيب لما ذكرنا عن الكشف . وقال بعضهم في شرحه : إنما أطلق السعيد ليتناول السعيد بن سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير . وفيه نظر . لأنه يلزم حينئذ أن يكون للمشارك عموم في موضع الإثبات وهو فاسد انتهى . أقول : نظره ساقط . إذ الظاهر أن مراد هؤلاء الشراح بالتناول في قولهم ليتناول السعيد بن هو التناول على سبيل البدل لا التناول على سبيل الشمول والعموم . ولا شك أن المشترك يتناول معانيه على سبيل البدل ، ولقد صرحوا به حتى قال المحقق الثغزاني في التلويح : والمشارك مستغرق لمعانيه على سبيل البدل ، والذي لا يجوز عندنا دون الشافعي إنما هو عموم المشترك لمعانيه على سبيل الشمول في إطلاق واحد كما تقرر في علم الأصول ، وهو غير لازم من عبارة هؤلاء الشراح . وقال الشارح العيني بعد نقل كلام هؤلاء الشراح : ونظر صاحب الغاية فيه . قلت : نظره وارد ولكن تعليقه غير مستقيم . أما وروده فلأنه لم يستعمل أحد من السلف لفظ سعيد من غير نسبة ، وأراد به سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير . وأما أن تعليقه غير مستقيم فلأنه ادعى فيه لزوم عموم المشترك . ولا نسلم ثبوت الاشتراك هاهنا لأن الاشتراك ما وضع لمعان انتهى . أقول : كلا دخليه ليس بشيء . أما الأول فلأنه لا شك أن العلم هو لفظ سعيد لا مجموع سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير ، فعدم استعمال السلف لفظ سعيد من غير نسبة في سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير على تقدير صحته ليس لعدم صحة إطلاق لفظ سعيد وحده على أحد منهما ، وإلا لما كان علما لكل واحد منهما بل لقصد هم زيادة إظهار المراد وتعيينه . وإذا كان مقصود المصنف تناول لفظ سعيد هاهنا للسعيدين كما ذهب إليه هؤلاء الشراح لزم ترك النسبة وصح الإطلاق . وأما الثاني فلأن لفظ سعيد علم مشترك ، والأعلام المشتركة مما تقرر أمره في علم النحو فكيف يمنع ثبوت الاشتراك هاهنا . وقوله لأن الاشتراك ما وضع لمعان لا يجدي شيئا ، لأنه إن أراد بالمعاني ما يستفاد من اللفظ فهو متحقق في العلم المشترك أيضا بلا ريب . وإن أراد بها الصور العقلية المقابلة للأعيان الخارجية فليست تلك بمعتبرة في معنى المشترك . فإن المشترك ما وضع لمتعدد بوضع متعدد : أي شيء كان ذلك المتعدد الموضوع له . والأمور في العلم المشترك كذلك فإنه لا يتناول مسمياته بوضع واحد بل لكل واحد منهما وضع مستقل كما عرف في موضعه . ثم إن صاحب العناية علل كون المراد بالنص الإمام بوجه آخر حيث قال : ولأن الذكور مخاطبون بقوله تعالى - قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم - فلو دخلوا في قوله عز وجل - أو ما ملكت أيمانهم - لزم التعارض انتهى . أقول : ليس ذلك بصحيح . أما أولا فلأنه ينتقص

وقوله (والمراد بالنص الإمام) يريد بالنص قوله تعالى - أو ما ملكت أيمانهم - وهو جواب عن استدلال مالك والشافعي رحمه الله به (قال سعيد) أي سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير . قال في النهاية : أطلق اسم سعيد (ولم يقيده بالنسبة ليتناول السعيدين (والحسن وغيرهما) سمره بن جندب (لا تغرتكم سورة النور فإنها في الإناث دون الذكور) ولأن الذكور مخاطبون بقوله تعالى - قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم - فلو دخلوا في قوله تعالى - أو ما ملكت أيمانهم - لزم التعارض . وعورض بأن نظر الإمام إلى سيدته استفيد من قوله تعالى - أو نسائهن - فلو حملت هذه الآية على الإمام لزم التكرار ، وبأن الإمام لو لم تكن مرادة من قوله تعالى - أو نسائهن - وجب أن لا تكون مرادة من قوله تعالى - أو ما ملكت أيمانهم - أيضا ، لأن البيان إنما يحتاج إليه في موضع

(قوله ليتناول السعيدين) أقول : فيلزم الجمع بين معنيي المشترك (قوله والحسن وغيرهما الخ) أقول : عطف على سعيد في قال سعيد (قوله فلو دخلوا في قوله تعالى - أو ما ملكت أيمانهم - لزم التعارض) أقول : فيه بحث ، كيف ولو صح ما ذكره لزم التعارض بين قوله - قل للمؤمنين - الآية - وبين قوله - إلا لبعولتهن - الآية تأمل ، فالجواب بأنه مستثنى الجواب .

العزل عن الحرة إلا بإذنها ، وقال لمولى أمة : اعزل عنها إن شئت ، ولأن الوطء حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الحب والعنة . ولا حق للأمة في الوطء فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير إذنها ويستبد به المولى ولو كان تحته أمة غيره فقد ذكرناه في النكاح .

بخطاب الإناث أيضا بقوله تعالى - وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن - فإن مقتضى ما ذكره أن لا تدخل الإماء أيضا في قوله عز وجل - أو ما ملكت أيمانهن - بناء على لزوم التعارض بينه وبين قوله تعالى - وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن - مع أن دخول الإماء فيه مجمع عليه . وأما ثانيا فلأن اللازم من كون الذكور من المالكات مخاطبين بقوله تعالى - قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم - دخولهم في جانب الغاضين من أبصارهم لا في جانب من يجب غض البصر عنه وهو الذي منع النظر إليه ، فإن كلمة من في قوله تعالى - من أبصارهم - للتبعية كما صرح به المفسرون . فكأن المعنى يغضوا بعضا من أبصارهم وهو غير معين فكانت تلك الآية مجملة في حق من منع النظر إليه . فلو دخل الذكور من المالكات في قوله تعالى - أو ما ملكت أيمانهن - لم يلزم التعارض بين الآيتين أصلا . وإنما يلزم أن تكون إحدى الآيتين مبنية لما في الآية الأخرى من الإجمال . وهو معنى صحيح حسن مقرر على كل حال . فإن قوله تعالى - أو ما ملكت أيمانهن - على تقدير أن لا يدخل فيه ذكور المالكات كما هو مذهبنا . وكذا نظائره من قوله تعالى - إلا لبعولتهن أو آبائهن أو آباء بعولتهن - إلى آخر الآية كلها مبنية للإجمال الواقع في الآية الأخرى كما لا يخفى على من دقق النظر وحقق (قوله ولو كان تحته أمة غيره فقد ذكرناه في النكاح) يعنى قوله وإذا تزوج أمة فالإذن في العزل إلى المولى عند أبي حنيفة رحمه الله . وعن أبي يوسف ومحمد أن الإذن إليها . قال في البدائع . وجه قولهما أن لها حقاً في قضاء الشهوة والعزل يوجب النقص فيه . ولا يجوز البخس بحق الإنسان من غير رضاه . ووجه قول أبي حنيفة أن الكراهية في الحرة لمكان خوف خوت الولد الذى لها فيه حق . والحق هاهنا في الولد للمولى دون الأمة . وقولهما فيه نقصان قضاء الشهوة . قلنا : نعم لكن حقها في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال ؛ ألا يرى أن من الرجال لا ماء له وهو يجامع امرأته من غير إنزال ولا يكون لها حق الخصومة ؛ فدل هذا على أن حقها في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال انتهى . وأورد عليه بعض المتأخرين حيث قال : أقول : إنما لم يكن لها حق الخصومة لعدم صنع الزوج فيه . بخلاف العزل فإنه يصنعه ولهذا يحتاج إلى رضاها ؛ في العزل لا فيه انتهى . أقول : ليس هذا بشيء لأن عدم صنع الزوج فيه لا يقتضى أن لا يكون لها حق الخصومة ؛ إذ لا شك أن حقها لا يسقط بمجرد عدم صنع الزوج فيما يبطل حقها ؛ ألا يرى أن للزوجة حق الخصومة في الحب والعنة بلا خلاف وإن لم يكونا يصنع الزوج ، فتعين أن الوجه في أن لا يكون لها حق الخصومة فيمن لا ماء له وهو يجامعها من غير إنزال كون حقها في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال ، فكذا في العزل تدبر .

الإشكال : ولا يشكل على أحد أن للأمة أن تنظر إلى سيدتها كالأجنبيات . والملك إن لم يزد توسعة فلا أقل أن لا يزيد تضييقا . وأجيب عن الأول بأن المراد بالنساء الحرائر المسلمات اللاقى في صحبتهن ؛ لأنه ليس للمؤمنة أن تتجرد بين يدي مشركة أو كاتبة . كذا عن ابن عباس رضى الله عنهما ، والظاهر أنه أريد بنسائهن من يصحبهن من الحرائر مسلمة كانت أو غيرها . والنساء كلهن في حلّ نظر بعضهن إلى بعض سواء ؛ والمراد من قوله تعالى - أو ما ملكت أيمانهن - الإماء . وعن الثاين بأن حال الأمة يقرب من حال الرجال حتى تسافر من غير محرم ، فكان يشكل أنه يباح لها الكشف بين يدي أمها ، ولم يزل هذا الإشكال بقوله أو نسائهن لأن مطلق هذا اللفظ يتناول الحرائر دون الإماء ، والباقي واضح والله أعلم .

(فصل في الاستبراء وغيره)

قال (ومن اشترى جارية فإنه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يستبرئها) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام في سبايا أوطاس « ألا لاتوطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ، ولا الحبالى

(فصل في الاستبراء وغيره)

قال الشراح : أخر الاستبراء لأنه احتراز عن وطء مقيد ، والمقيد بعد المطلق . وقال بعض الفضلاء : فإن قلت : أين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق ؟ قلت : فهم ذلك بطريق الدلالة أو الإشارة ، فإنه يتضمن اللبس ، فالنهي عن المس نهى عنه فهذا عنوانه بالوطء فتأمل انتهى . أقول : لا السؤال بشيء ولا الجواب . أما الأول فلأنهم ما قالوا : لأن الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق حتى يتوجه السؤال بأين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق ، بل مرادهم أن الوطء المقيد نفسه بعد الوطء المطلق نفسه ، فأخر ما يتعلق بالوطء المقيد وهو الاستبراء عما يتعلق بالوطء المطلق ، وكيف يتوهم أن يكون مرادهم أن الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق ، وانتفاء المقيد لا يستلزم انتفاء المطلق كما لا يخفى فأتى بتصوير أن يكون الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق . وأما تحقق المقيد فيستلزم تحقق المطلق في ضمنه فيصح أن يقال : الوطء المقيد بعد الوطء المطلق بناء على أن المركب بعد المفرد كما صرح به في النهاية ومعراج الدراية . وأما الثاني فلأن مبناه على أن يكون المراد أن الاحتراز عن المقيد بعد الاحتراز عن المطلق وقد عرفت ما فيه . وأيضاً لا معنى لقوله فهذا عنوانه بالوطء ، لأن النهى عن المس إذا كان نهياً عن الوطء كان العنوان بالمس عنواناً بالوطء أيضاً ، فكان ينبغي أن لا يعنون الفصل السابق بالوطء استقلالاً ، كما لم يذكر فيه النهى عن الوطء استقلالاً . ثم أقول : الظاهر أن مرادهم بالوطء المطلق المذكور فيما تقدم ما في مسألة العزل المذكورة قبيل فصل الاستبراء ، فإن العزل أن يطأ الرجل فإذا قرب الإنزال أخرج فينزل خارج الفرج ، وأن مرادهم بالوطء المقيد هاهنا ما قيد بزمان ، فإن الوطء في الاستبراء مقيد بالزمان كما ستعرفه وفي العزل مطلق عنه ، وأن المراد بالوطء المذكور في عنوان الفصل السابق أيضاً ما في ضمن تلك المسألة كما نهت عليه في صدر ذلك الفصل (قوله ومن اشترى جارية فإنه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يستبرئها) أقول : في إطلاق هذه المسألة نظر ، فإن من اشترى جارية كانت تحت نكاحه أو كانت تحت نكاح غيره ولكن طلقها زوجها بعد أن اشتراها وقبضها أو كانت معتدة الغير فانقضت

(فصل في الاستبراء وغيره)

أخر الاستبراء لأنه احتراز عن وطء مقيد والمقيد بعد المطلق ، يقال استبرأ الجارية أى طلب براءة رحمها من الحمل . وأوطاس موضع على ثلاث مراحل من مكة ، كانت به وقعة للنبي صلى الله عليه وسلم ، الاستبراء واجب ، وله سبب وعلة وحكمة . أما وجوبه فيحديث سبايا أوطاس « ألا لاتوطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ، ولا الحبالى حتى يستبرئ أن بحیضة . ووجه الاستدلال به أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الاستمتاع بأبلغ نهى مع وجود الملك المطلق له واليد الممكنة منه

(فصل في الاستبراء وغيره)

(قوله لأنه احتراز عن وطء مقيد ، والمقيد بعد المطلق) أقول : فإن قلت : أين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق ؟ قلت : فهم ذلك بطريق الدلالة أو الإشارة فإنه يتضمن اللبس ، فالنهي عن المس نهى عنه فهذا عنوانه بالوطء فتأمل . ثم قوله وطء مقيد : أى مقيد بزمان (قال المصنف : والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام في سبايا أوطاس « ألا لاتوطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ، ولا الحبالى الخ) أقول : جمع الحائل وهي التي لا حبل لها . وقيل : إنما قال الحبالى لتزواج الحبالى . والقياس أن يقال : الحوائل لأنها جمع حائل ، ونظيره الغدايا والعشايا ، كذا في شرح الكفاي ، والقياس الغدوات (قوله مع وجود الملك المطلق) أقول : تأمل في مدخلية هذا القيد في إفادة

وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بماء محترم وهو أن يكون الولد ثابت النسب ، ويجب على المشتري لأعلى البائع لأن العلة الحقيقية لإرادة الوطء ، والمشتري هو الذى يريده دون البائع فيجب عليه ،

أى ماء انعلق يرشد إليه قول المصنف والأنساب عن الاشتباه ويفصح عنه قول صاحب الكافي في تعليل الاختلاط إذ لو وطئها قبل أن يعرف براءة زوجها فجاءت بولد فلا يندرى أنه منه أو من غيره انتهى . والذى ينكره إنما هو اختلاط المائتين اختلاطاً حقيقياً ، فلا تدافع بين الكلامين في المقامين (قوله وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بماء محترم وهو أن يكون الولد ثابت النسب) لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن في مرجع ضمير هو في قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب نوع اشتباه ، وعن هذا قد افرقت آراء الناظرين فيه فقال صاحب الغاية : قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب : أى المراد من توهم الشغل بماء محترم . وهو أن يكون الولد بحيث يمكن إثبات نسبة من غيره انتهى . أقول : فيه خلل . فإن تفسيره المذكور يشعر بإرجاعه ضمير هو إلى توهم الشغل بماء محترم ، وليس بسديد لأن الأمر في حقيقة الشغل بماء محترم أيضاً كذلك فلا وجه للتخصيص بتوهم الشغل ، على أنه لم يذكر ما يصحح حمل قوله أن يكون الولد ثابت النسب بالمواطأة على ضمير هو الرافع إلى توهم الشغل على مقتضى تقريره . ولا يتم المعنى بدون ذلك ، إذ لا شك أن توهم الشغل بماء محترم ليس نفس أن يكون الولد ثابت النسب حتى يصح حمله عليه بالمواطأة تأمل . وقال بعض الفضلاء : قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب : أى الاستبراء لأن يكون الولد ثابت النسب وحذف الجار مع أن : وأن قياس انتهى . أقول : فيه أيضاً خلل ، فإن الاستبراء مع كونه بعيننا من حيث اللفظ والمعنى عن أن يكون مرجعاً لضمير هو هاهنا ليس هو لأن يكون الولد ثابت النسب بل لإرادة الوطء نظراً إلى علته ولتعرف براءة الرحم نظراً إلى حكمته كما يدل عليه عبارة الكتاب فيما قبل وما بعد ، كيف ولو لم يدع المشتري نسب الولد الذى جاءت به المشتراة بعد أن استبرأها لم يثبت نسب ذلك الولد منه لكون فراش الأمة ضعيفاً على ما عرف في محله ، فامعنى القول بأن الاستبراء لأن يكون الولد ثابت النسب فتأمل . وأقول : في حل المقام : إن ضمير هو هاهنا راجع إلى ماء محترم مذكور قبيله . فالمعنى : وهو أى الماء المحترم بأن يكون الولد ثابت النسب : حذف الجار من كلمة إن كما هو القياس على ما عرف في علم النحو ، وكون الولد ثابت النسب إنما يتحقق بأن تكون الأمة من في ملك الغير نكاحاً أو ميمناً فتدبر . قال تاج الشريعة : وإنما قيده بماء محترم وإن كان الحكم في غير المحترم كذلك . فإن الجارية إذا كانت حاملاً من الزنا لا يحل وطؤها لأنه أخرج الكلام مخرج أوضاع الشرع لأن وضع الشرع أن لا يكون إلا في الحلال انتهى كلامه . واقفى أثره صاحب العناية في خلاصة هذا التوجيه حيث قال في بيان ماء محترم : بأن لا يكون من بغى ، وقال : وإنما قيد بذلك وإن كان الحكم في غير المحترم كذلك فإن الجارية الحامل من الزنا لا يحل وطؤها حلاً للحال على الصلاح انتهى . وسلك بعض المتأخرين في توجيه التقييد بماء محترم مسلكاً آخر ، وقصد رد التوجيه الأول حيث قال : ولا يكون من بغى لما سبق في كتاب النكاح أن نكاح المزية ووطأها جائز بلا استبراء ، فإذا جاز ووطأها بلا استبراء مع تحقق الزنا فجوازه مع احتمال أولى ، ولا يرد عليه النقض بالجارية الحامل من الزنا ، فإنه لا يحل وطؤها لأن ذلك شغل محقق ، ولا يلزم من عدم خل وطئها لذلك عدم حله لشغل محتمل ، على أن عدم جواز وطئها ليس لاحترام الماء بل لثلاث سببى ملوؤه زرع غيره كما مر في كتاب النكاح ، إلى هنا كلامه . أقول : فيه خلل من وجوه : الأول أن قوله لما سبق في كتاب النكاح أن نكاح المزية ووطأها جائز بلا استبراء ليس بتعليل صحيح للمدعى هاهنا ، لأن جواز نكاح المزية وجواز وطئها لازم بلا استبراء لا يدل على جواز وطء الجارية المزية للمتملك بلا استبراء . كيف والذى سبق في كتاب النكاح هو أنه إذا رأى امرأة تزنى فزوجهها جل له أن يطأها قبل الاستبراء عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : لا أحب له أن يطأها مالم يستبرأها . لأنه احتمل الشغل بماء الغير فوجب التنزه كما في الشراء . ولهما أن الحكم بجواز النكاح أمارة الفراغ فلا يؤثر بالاستبراء . بخلاف الشراء لأنه يجوز مع الشغل . فقد تلخص منه أنه لا خلاف في وجوب الاستبراء في الشراء مطلقاً ، وإنما الخلاف في الاستبراء في نكاح المزية ، والكلام هاهنا في الشراء ونحوه من التملكات فلا يتم التقريب أصلاً .

لأن الإرادة أمر مبطل لا يطلع عليه ، لأن بعض من يستحدث الملك قد لا يريد ذلك فيدار الحكم على دليل الإرادة وهو التمكن من

غير أن الإرادة أمر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء والتمكن إنما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وأدير الحكم عليه تيسيرا . فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم إلى

والثاني أن قوله فإذا جاز وطؤها بلا استبراء صح مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله أولى ليس بمستقيم . لأن مجرد احتمال الزنا لو كان مجوزا للوطء بلا استبراء لارتفع وجوب الاستبراء في باب تملك الجارية بالكلية . إذ احتمال الزنا غير متف في كل جارية بماوكة وإثبات كان مراده أنه إذا جاز وطؤها بلا استبراء في صورة النكاح مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله أولى في تلك الصورة لا يتم التقريب كما لا يخفى . والثالث أن قوله في دفع النقض بالجارية الحامل من الزنا لأن ذلك لشغل محقق . ولا يلزم من عدم حل وطئها لذلك عدم حله لشغل محتمل . إنما يتم أن لو كان الاحترام في قول المصنف بما تحترم قيده لتوهم الشغل فقط لا لمجموع حقيقة الشغل وتوهم الشغل معا . والظاهر من كلام المصنف أن يكون قيده للمجموع . وقد أفصح عنه ذلك البعض من قبل حيث قال في شرح قول المصنف وهو أن يكون الولد ثابت النسب : وهو أي احترام الماء سواء اشتغل به الرحم حقيقة أو توهمها أن يكون الولد الحاصل منه ثابت النسب انتهى . فإذا كان قيده للمجموع يرد النقض بالجارية الحامل من الزنا فإن رحمها مشغول حقيقة بما غير محترم مع وجوب الاستبراء فيها أيضا . والرابع أن قوله على أن عدم جواز وطئها ليس لاحترام الماء بل لثلا يسق ماؤه زرع غيره كما مر في كتاب النكاح مما لاحصل له هاهنا . فإن مدار النقض المذكور على عدم احترام الماء في الحامل من الزنا حيث وجب الاستبراء في الجارية الحامل من الزنا أيضا مع عدم احترام الماء فيها فانتقض بها التقييد بما محترم عكسا . والقول بأن عدم جواز وطئها ليس لاحترام الماء فيها لا يدفع النقض بل يؤيده كما لا يخفى (قوله غير أن الإرادة أمر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء) قال صاحب العناية في بيان هذا : فإن صحيح المزاج إذا تمكن منه أراده . ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال : فيه بحث . فإنه غير صحيح المزاج ممنوع أيضا عن الوطء ودواعيه . وقال : ولعل الأولى أن يقول : فإن الظاهر أن المتمكن منه يريد . والتمكن إنما يثبت بالخ . والمراد من التمكن هو التمكن الشرعي انتهى . أقول : كل من إرادته وما اختاره ليس بتام . أما الأول فلأن كون غير صحيح المزاج ممنوعا أيضا عن الوطء ودواعيه ممنوع . فإن غير صحيح المزاج عاجز عن الوطء ، والمنع عن الشيء إنما يكون عند القدرة عليه ، ألا يرى أنه لا معنى لأن يقال الأعمى ممنوع عن النظر إلى الحمرات . وعن هذا قال تاج الشريعة في بيان أن الاستبراء يجب على المشتري لا على البائع لأن الشارع نهى عن الوطء ، والنهي إنما يستقيم عند تمكن الوطء والتمكن للمشتري لأنه هو الممتلك لأعلى البائع لأنه معرض انتهى . وأما الثاني فلأنه كيف يكون المراد من التمكن هاهنا هو التمكن

الوطء . فإن صحيح المزاج إذا تمكن منه أراده والتمكن إنما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وأدير الحكم عليه وجودا وعدمًا تيسيرا . هذا في المسببة . ثم تعدى الحكم إلى سائر أسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع بأن جعلت الأمة بدل الخلع والكتابة بأن جعلت الأمة بدلا فيها . فإن قيل : الموجب ورد في المسببة على خلاف القياس لتحقيق المطلق كما ذكرتم فهنا يقتصر عليها ؟ فالجواب أن غيرها في معناها حكمة وعلة وسببا فالحق بها دلالة . وإذا ظهر هذا قلنا : وجب على المشتري من مال الصبي . بأن باع أبوه أو وصيه ، وإن كان لا يتحقق الشغل شرعا فيحتاج إلى التعرف عن البراءة ومن المرأة والمملوك المأذون له في التجارة . ومن لا يلح له وطؤها لكونها أخته رضاعا أو ورثها وهي موطوءة أبيه ، وكذا إذا كانت بكرًا لتحقق السبب وهو استحداث الملك واليد . ولا يجتزأ بالحليضة التي اشتراها في أثنائها . وقال أبو يوسف رحمه الله : يجتزأ بها لحصول المقصود وهو تعرف البراءة . ولا بالتى حصلت بعد الاستحداث بسبب من الأسباب قبل القبض ، ولا بالولادة الحاصلة بعدها : أي بعد أسباب الملك قبل القبض لتحقيق ذلك قبل تمام السبب . لأن السبب استحداث الملك واليد وهي إنما تكون بالقبض ، ولا معتبر بالحكم قبل السبب وما بعده

(قال المصنف : وأدير الحكم عليه) أقول : وجودا وعدمًا كما في هذه الصحيفة (قوله فإن صحيح المزاج إذا تمكن منه الخ) أقول : فيه بحث ، فإن غير صحيح المزاج ممنوع أيضا عن الوطء ودواعيه ، ولعل الأولى أن يقول : فإن الظاهر أن المتمكن منه يريد ، والتمكن إنما يثبت بالخ ، والمراد من التمكن هو التمكن الشرعي (قوله وقال أبو يوسف : يجتزأ بها) أقول : الأولى تأخير عن قوله ولا بالولادة

سائر أسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك . وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك ومن لا يحل له وطؤها . وكذا إذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وإدارة الأحكام على الأسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل . وكذا لا يجزأ بالحیضة التي اشتراها في أثناءها ولا بالحیضة التي حاضتها بعد الشراء أو غيره من أسباب الملك قبل القبض ، ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافاً لأبي يوسف رحمه الله . لأن السبب استحداث الملك واليد . والحكم لا يسبق السبب . وكذا لا يجزأ بالحاصل قبل الإجازة في بيع الفضولي وإن كانت في يد المشتري ، ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل أن يشتريها شراء صحيحاً لما قلنا (ويجب في جارية للمشتري فيها شقص فاشترى الباقي) لأن السبب قد تم الآن والحكم يضاف إلى تمام العلة . ويجزأ بالحیضة التي حاضتها بعد القبض وهي محبوسة أو مكاتبه بأن كاتبها بعد الشراء ثم أسلمت المحبوسة أو عجزت المكاتبه لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد إذ هو مقتض للحل والحرمة لمانع كما في حالة الحيض (ولا يجب الاستبراء إذا رجعت الآبقة أو ردت المغصوبة أو الموأجرة) أو فككت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فإدبر الحكم عليه وجوداً وعدمه ، ولها نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى . وإذا ثبت وجوب الاستبراء وحرمة الوطء حرم الدواعي لإفضائها إليه . أو لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع . بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها لأنه لا يحتمل الوقوع

الشرعي ، والظاهر أن التمكن الشرعي مما هو محرم شرعاً غير متصور والوطء قبل الاستبراء محرم قطعاً . ولا شك أن علة الاستبراء متقدمة عليه فلا بد أن يكون دليلها أيضاً متقدماً عليه ، والمفروض أنه هو التمكن من الوطء ، فلو كان المراد من ذلك التمكن هو التمكن الشرعي دون التمكن الطبيعي لزم أن يتمكن من المحرم ان شرعي تمكناً شرعياً وهو ظاهر المخدور تأمل (قوله وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك ومن لا يحل له وطؤها ، وكذا إذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وإدارة الأحكام على الأسباب دون الحكم لحفظها) وعن هذا قالوا : إن الحكمة تراعى في الجنس لا في كل فرد . واعترض عليه صدر الشريعة في شرح الوفاة . وأجاب حيث قال : يرد عليه أن الحكمة لا تراعى في كل فرد ولكن تراعى في الأنواع المضبوطة . فإذا كانت الأمة بكرا أو مشتراة من لا يثبت نسب ولدها منه ينبغي أن لا يجب الاستبراء ، لأن عدم الشغل بالماء المحترم متيقن في هذه الأنواع . والجواب أنه إنما يثبت بالنص لقوله عليه الصلاة والسلام في سبايا أوطاس « ألا توطأ الحبال حتى يضعن حملهن ، ولا الحبال حتى يستبرأن بحیضة » فإن السبايا لا تخلو من أن يكون فيها بكر أو مسبية من امرأة ونحو ذلك . ومع هذا حكم النبي صلى الله عليه وسلم حكماً عاماً فلا يختص بالحكمة ، فإذا ثبت الحكم في السبي على العموم ثبت في سائر أسباب الملك كذلك قياساً ، فإن العلة معلومة ، ثم تأيد ذلك بالإجماع ، إلى هنا كلامه . وأجاب صاحب الإصلاح والإيضاح عن الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال : إن توهم الشغل ثابت في البكر وفي المشربة ممن لا يثبت نسب ولدها منه . أما في الأولى فلأن احتمال وصول الماء إلى الرحم

واضح . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأن السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب (ولا يجب الاستبراء على الآبقة) يعني التي أبقت في دار الإسلام ثم رجعت إلى مولاها ، فإن أبقت إلى دار الحرب ثم عادت إليه بوجه من الوجوه فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله لأنهم لم يملكوها فلم يحدث الملك ، وعندهما يجب عليه الاستبراء لأنهم ملكوها . وقوله (حرم الدواعي لإفضائها إليه) أي إلى الوطء كما إذا ظاهر من امرأته فإنه حرم وطأها وحرم دواعي لإفضائها إليه .

(قوله إشارة ، إلى قوله : لأن السبب استحداث الملك الخ) أقول : فإن قيل : المشتري شراء فاسداً يملك بالقبض على مامر فالسبب موجود فيه . قلنا : المطلق ينصرف إلى الكامل ، فالمراد استحداث الملك الصحيح .

في غير الملك . ولأنه زمان نفرة فالإطلاق في الدواعي لا يفضي إلى الوطء والرغبة في المشتراة قبل الدخول أصدق
الرغبات فتفضي إليه ولم يذكر الدواعي في المسبية . وعن محمد أنها لا تحرم لأنها لا يَحْتَمَل وقوعها في غير الملك

قائم بدون زوال العذرة . وأما في الثانية فلما ذكر في الكافي من أن المعبر التوهم سواء كان من المالك أو من غيره . ورد الجواب
الذي ذكره صدر الشريعة : بأن الاعتراض المذكور ليس على الحكم حتى يندفع ببيان وجه ثبوته عاما . بل على الحكمة بأنها
لا تصلح حكمة لعدم اطرافها بحسب الأنواع المضبوطة انتهى . وقال بعض المتأخرين بعد نقل ذلك الرد هذا الرد مردود لأن
مبنى الجواب المذكور على أن وجوب رعاية الحكمة في الأنواع ليعلم الحكم تلك الأنواع لالتكون الحكمة حكمة . فحاصله أن الحكم
عام لتلك الأنواع هاهنا بالحديث فلا حاجة إلى ثبوت الحكمة فيها اه . أقول : ليس هذا بشيء . فإن شرع الصانع الحكيم لا يخاو
عن الحكمة والفائدة . فنها ما لا يتيسر وقوف البشر عليه . ومنها ما يتيسر ذلك . ولما كان مانع فيه من قبيل الثاني تعرض الفقهاء
قاطبة لبيان الحكمة فيه فقالوا إنها تعرف براءة الرحم صيانة للمياد المحترمة عن الاختلاط والأنساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة
الشغل أو توهم الشغل بما محترم ، وهذا لا ينافي ثبوت عموم الحكم بدليل من الأدلة الشرعية . فإن الدليل الشرعي في كل حكم
شرعي مما لا بد منه وهو غير الحكمة فيه ، ولا يدفع الحاجة إلى ثبوت الحكمة فيه ؛ فقله فحاصله أن الحكم عام لتلك الأنواع هاهنا
بالحديث فلا حاجة إلى ثبوت الحكمة فيها خروج عن سنن الصواب جدا ، فإن مآله الاعتراف بعدم صلاحية ما عدّه أساطين
الفقهاء حكمة في هذه المسئلة لأن يكون حكمة فيها . وهذا مما لا يتجاسر عليه المشرع . ثم أقول : بقي شيء آخر في جواب صدر
الشرعية . وهو أن قوله فإذا ثبت الحكم في السبي على العموم ثبت في سائر أسباب الملك كذلك قياسا ليس بتام . فإن النص ورد
في المسبية على خلاف القياس لتحقق المطلق للاستمتاع بما وهو الملك كما صرح به في العناية وغيرها . وشرط القياس أن لا يكون
حكم الأصل معدولا عن سنن القياس كما عرف في علم الأصول فأني يتيسر إثبات الحكم في سائر أسباب الملك بطريق القياس .
فالوجه أن يقال دلالة بدل قوله قياسا . فإن الشرط المذكور منتف في الدلالة فيستقيم المعنى تبصر (قوله ولم يذكر الدواعي
في المسبية . وعن محمد أنها لا تحرم) قال في العناية : واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الأصل وهي المسبية إلى الفرع وهو غيرها
بتغيير حيث حرمت الدواعي في غير المسبية دونها . وأجيب بأن ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور في الكتاب : وفيه نظر من
وجهين : أحدهما : أن التعدى إن كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع . لأن عدم التغيير شرط القياس كما عرف في موضعه
وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط . والثاني أن ما دل على حرمة الدواعي في غير المسبية أمران : الإفضاء ، والوقوع في غير
الملك . فإن لم تحرم بالثاني فلتحرم بالأول . إذ الحرمة تؤخذ بالاحتياط . ويمكن أن يجاب عنه بأن التعدية هاهنا بطريق الدلالة كما
تقدم ، ولا يبعد أن يكون اللاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه . والدليل هنا أن حرمة الدواعي في هذا الباب
مجتهد فيه ولم يقل بها الشافعي وأكثر الفقهاء . فلما كان عليها في المسبية أمرا واحدا لم تعتبر . ولما كان في غيرها أمران تعاضدا

وقوله (ولم يذكر الدواعي في المسبية) يعني في ظاهر الرواية . وعن محمد رحمه الله أنها لا تحرم . واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم
من الأصل وهي المسبية إلى الفرع وهو غيرها بتغيير حيث حرمت الدواعي في غير المسبية دونها . وأجيب بأن ذلك باعتبار اقتضاء
الدليل المذكور في الكتاب . وفيه نظرم وجهين أحدهما أن التعدى إن كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لأن عدم التغيير شرط
القياس كما عرف في موضعه ، وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط . والثاني أن ما دل على حرمة الدواعي في غير المسبية أمران :
الإفضاء والوقوع في غير المالك ، فإن لم تحرم بالثاني فلتحرم بالأول ، إذ الحرمة تؤخذ بالاحتياط . ويمكن أن يجاب عنه بأن
التعدية هنا بطريق الدلالة كما تقدم . ولا يبعد أن يكون اللاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه ، والدليل هاهنا أن
حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه ولم يقل بها الشافعي وأكثر الفقهاء رحمهم الله فلما كان عليها في المسبية أمرا واحدا لم تعتبر

(قوله ولا يبعد أن يكون اللاحق دلالة حكم الدليل) أقول : لم لا يجوز مثل ذلك في القياس فإنه يكون بدليل آخر ، وليس بتغيير يستلزم
فقدان شرط القياس فليتأمل .

لأنه لو ظهر بها حبل لاتصح دعوة الحربى ، بخلاف المشتراة على ما بينا (والاستبراء فى الحامل بوضع الحمل) لما روينا (وفى ذوات الأشهر بالشهر) لأنه أقيم فى حقهن مقام الحيض كما فى المعتدة . وإذا خاضت فى أثناءه بطل الاستبراء بالأيام للقدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل كما فى المعتدة . فإن ارتفع حيضها تركها . حتى إذا تبين أنها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير فى ظاهر الرواية . وقيل يتبين بشهرين

اعتبرت . إلى هنا لفظ العناية . أقول : فى قوله فلما كان عليها المسبية أمرا واحدا لم تعتبر نظر : فإن العلة إذا كانت علة صحيحة تامة فوحدها لاتنأى اعتبارها . ولا تضر بالعمل بها وإن كان الحكم مما وقع الاجتهاد فى خلافه . كيف ولم ينقل عن أحد أن العلة الواحدة لاتكفى فى المسائل الخلافية . بل نرى كثيرا من الخلافات قد اكتفوا فيها بعلة واحدة . والحرمة مما يؤخذ فيه بالاحتياط فكان الاكتفاء فيها بعلة واحدة أولى . والظاهر أن الإفضاء إلى الحرام علة صحيحة تامة . ولهذا قالوا فى تعليل جرمة الدواعى قبل الاستبراء فى غير المسبية لإفضائها إلى الوطء الحرام أو لاحتفال وقوعها فى ملك الغير . ولا شك أن كلمة أو تدل على استقلال كل واحدة من العلتين ، واكتفوا فى تعليل جرمة الدواعى فى كثير من المسائل بالعلة الأولى كما فى الظهار والاعتكاف والإحرام ، وفى المنكوحة إذا وطئت بشبهة كما سيجىء فى الكتاب . هذا وقد أورد بعض المتأخرين على قول صاحب العناية : ويمكن أن يحاب عنه بأن التعدية هنا بطريق الدلالة كما تقدم ، ولا يبعد أن يكون لللاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه حيث قال بعد نقل ذلك : ولا يخفى أن كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس غير مسلم انتهى . أقول : ليس هذا بمستقيم . أما أولا فلأن المنع وظيفة اضيق . فإن حاصل جوابه يمنع كون التعدية فيما نحن فيه بطريق القياس حتى يلزم المحذور المذكور فى النظر وهو تعدية الحكم من الأصل إلى الفرع بتغيير كما عرف فى علم الأصول ، والاستناد بأنها يجوز أن تكون بطريق الدلالة ولا استحالة للتغيير فى هذا الطريق ، فقابلية منعه بمنع كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس خروج عن قواعد آداب المناظرة . وأما ثانيا فلأن منع كون التعدية فيما نحن فيه من قبيل الدلالة دون القياس ساقط جدا . إذ قد تقرر فى أصول الفقه أن من شرط القياس أن لا يكون حكم الأصل معدولا عن القياس . وقد ذكر صاحب العناية فيما مر أن حكم الاستبراء ثابت على خلاف القياس لتحقيق الملك المطلق للاستمتاع فلا مجال للقياس فيه . وإنما يتيسر الإلحاق بطريق الدلالة . وقد أشار إليه هاهنا بقوله كما تقدم فلا وجه للمنع المذكور بعد ذلك . ثم إن لذلك البعض فى هذا المقام كلمات أخرى واهية يطول بذكرها الكلام بلا طائل فصفحننا عن التعرض لها روما الاختصار (قوله بخلاف المشتراة على ما بينا) قال صاحب العناية . وقوله على ما بينا إشارة إلى قوله والرغبة فى المشتراة أصدق الرغبات انتهى وتبعه العيني . أقول : هذا خبط ظاهر ، إذ لافرق بين المسبية والمشتراة فى كون الرغبة فى كل واحدة منهما أصدق الرغبات . فكيف يصح أن يشير المصنف فى بيان الخلاف بينهما إلى مالا فرق بينهما فيه أصلا . وإنما الصواب أن قوله على ما بينا إشارة إلى قوله أو لاحتفال وقوعها فى غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع إذ هو الفارق بين المسبية والمشتراة كما يدل عليه قطعاً قوله لأنها لاتحتمل وقوعها فى ملك الغير لأنه لو ظهر بها حبل لاتصح دعوة الحربى اهـ (قوله والاستبراء فى الحامل بوضع الحمل لما روينا) قال صاحب العناية : وقوله لما روينا إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام « ولا الحبالى حتى يضعن حملهن » انتهى . أقول : قد سها الشارح المذكور فى لفظ الحديث الذى رواه المصنف فيما مر حيث قال « ولا الحبالى حتى يضعن حملهن » مع أن لفظه « ألا لاتوطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ، ولا الحبالى حتى يستبرأن » ولعمري إن هذا كان أظهر من أن يخفى فكان السهو وقع من

ولما كان فى غيرها أمران تعاضدا اعتبرت . وقوله (على ما بينا) إشارة إلى قوله والرغبة فى المشتراة أصدق الرغبات . وقوله لما روينا إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام « ولا الحبالى حتى يضعن حملهن » وقوله (وإن ارتفع حيضها) أى امتدت طهرها فى أو أن

(قوله وقوله على ما بينا إشارة ، إلى قوله : والرغبة الخ) أقول : بل إشارة إلى قوله ولاحتفال وقوعها فى غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع ، فإن بذلك يظهر الفرق بين المسبية والمشتراة ، ولا وجه لجملة إشارة إلى ما ذكره كما لا يخفى .

أو ثلاثة . وعن محمد أربعة أشهر وعشرة أيام : وعنه شهران وخمسة أيام اعتبارا بعدة الحرة والأمة في الوفاة . وعن زفر سنتان وهو رواية عن أبي حنيفة . قال (ولا بأس بالاحتياط لإسقاط الاستبراء عند أبي يوسف خلافا لمحمد) وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة . والمأخوذ قول أبي يوسف فيما إذا علم أن البائع لم يقر بها في طهرها ذلك : وقول محمد فيما إذا قربها . والحيلة إذا لم يكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها . ولو كانت فالحيلة أن يزوجه البائع قبل الشراء أو المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها ويقبضها أو يقبضها ثم يطلق الزوج . لأن عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض إذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء . وإن حل بعد ذلك لأن المعبر أوان وجود السبب كما إذا كانت معتدة الغير . قال (ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يكفر) لأنه لما حرم الوطء إلى أن يكفر حرم الدواعي للإفضاء إليه . لأن الأصل أن سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والإحرام وفي

طغيان القلم فالتة خير حافظا (قوله والحيلة إذا لم يكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها) قال بعض المتأخرين : أطلق المسئلة ولم يقيد بها بكون القبض قبل الشراء لا بعده مع وجوب هذا التقيد . قال الإمام قاضيخان في فتاواه في تصوير المسئلة : إذا أراد أن يشتري الحارية يتزوجها المشتري قبل الشراء إذا لم يكن في نكاحه حرة ثم يسلمها إليه المولى ثم يشتري فلا يجب عليه الاستبراء . ثم قال : وإنما شرط تسليم الحارية قبل الشراء كيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح . يريد أنه يتحقق حينئذ سبب وجوب الاستبراء . وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا له . بخلاف ما لو سلمها قبل الشراء فإن القبض السابق بحكم الزوج وإن عرض له كونه قبضا بحكم الشراء . إلى هنا كلام ذلك البعض . أقول : فيه خلل . أما أولا فلأنه جزم بوجوب تقيد هذه المسئلة بكون القبض قبل الشراء لا بعده . واستشهد عليه بما ذكره الإمام قاضيخان في فتاواه وليس بتمام . فإن ما ذكره الإمام قاضيخان إنما هو قول بعض المتأخرين من المشايخ ومختار نفسه . وأما عامة المشايخ فلم يشترطوا في هذه المسئلة كون القبض قبل الشراء . وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني : وإن لم تكن تحت المشتري حرة فلا إسقاط الاستبراء حيلة أخرى . وهي أن يتزوجها المشتري قبل الشراء ثم يشتريها ويقبضها فلا يلزمه الاستبراء . لأن النكاح ثبت له عليها الفرائض ، وإنما اشتراها وهي في فراشه . وقيام الفرائض له عليها دليل شرعي على فراغ رحمها من ماء الغير انتهى . والمصنف قد

الحيض لا يطؤها حتى إذا تبين أنها ليست بحامل جامعها لأن المقصود تعرف براءة الرحم وقد حصل بمضي مدة تدل على أن الحمل لو كان لظهر وليس فيها تقدير في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله إلا أن مشايخنا رحمهم الله قالوا يتبين ذلك بشهرين أو ثلاثة على ما ذكر في الكتاب الخ . قيل والأول أصح ، وهو أن يتركها شهرين أو ثلاثة لظهور الحمل في ذلك غالبا . وقوله (ثم يشتريها ويقبضها أو يقبضها) لف ونشر : يعني يشتريها ويقبضها إذا تزوجه البائع أو يقبضها إذا تزوجه المشتري قبل القبض . وقيد بقوله ممن يوثق به لأنه إذا لم يوثق به بما لا يطلقها فكان احتيالا عليه لاله . والحيلة في تمشية هذه الحيلة أن يزوجه على أن يكون أمرها بيده يطلقها متى شاء ، وقيد بقوله ثم يطلق الزوج : يعني بعد القبض : لأنه إن طلقها قبله كان على المشتري الاستبراء إذا قبضها في أصح الروايتين عن محمد رحمه الله . لأنه إذا طلقها قبل القبض فإذا قبضها والقبض بحكم العقد بمنزلة العقد صار كأنه اشتراها في هذه الحالة وليست في نكاح ولا عدة فيلزمه الاستبراء . وقوله (إذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء) لأن القبض إذ ذاك ليس بممكن من الوطء والممكن منه جزء العلة : ألا ترى أن تزويج المشتري وإن كان قبضا حكما لم يعتبر لكونه مزلا لا يمكن . وقوله (كما إذا كانت معتدة الغير) يعني إذا اشترى أمة معتدة وقبضها وانقضت عدتها بعد القبض لا يجب الاستبراء : لأن عند استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالا للمشتري . فلما لم يجب وقت الاستحداث لم يجب بعده لعدم تجدد السبب . قال (ولا يقرب المظاهر ولا يلمس الخ) هذه المسئلة ليست من مسائل الاستبراء ، لكنها مذكورة في الجامع الصغير استطرادا ،

المنكوحه إذا وطئت بشبهة . بخلاف حالة الحيض والصوم . لأن الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا وأكثر العمر نفلا . ففي المنع عنها بعض الحرج . ولا كذلك ما عددناها لقصور مددها . وقد صح « أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض » قال (ومن له أمتان أختان فقبلهما بشهوة فإنه لا يجماع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يملك

اختار قول هؤلاء فلذلك أطلق المسئلة . ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء . وأما ثانيا فلأن قوله لا يريد أنه يتحقق حينئذ سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا له ليس بسديد . لأن حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا له لا يوجب الاستبراء بل يقتضى سقوط الاستبراء . ألا يرى إلى قول المصنف فيما بعد لأن عند وجوب السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض إذا لم يكن فرجها حلالا لا يجب الاستبراء وإن حل بعد ذلك . وكان الصواب أن يقول : وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض بعد أن لم يكن فرجها حلالا له بفساد النكاح بملك اليمين تأمل تقف . ثم قال ذلك البعض : ثم إن صاحب الكافي سلك طريقة المصنف ولم يلتفت إلى هذا الشرط ، إلا أنه صور المسئلة بصورة تأخير التسليم تنصيصا على عدم الاشتراط به . وعلل المسئلة بما يدل على سقوط الاستبراء في صورتين معا فقال : والحيلة إن لم تكن تحت المشترى حره أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها فيقبضها فلا يلزم الاستبراء . لأن بالنكاح ثبت له عليها الفراش . وإنما اشتراها وهي فراشه . وقيام الفراش له عليها دليل شرعى على تبين فراغ رحمها من ماء الغير . ثم الحل له لم يتجدد بملك الرقية لأنها كانت حلالا له بالنكاح قبل ذلك انتهى . فإن قلت : لا نسلم عدم تجدد الحل بملك اليمين . فإنها وإن كانت حلالا له بالنكاح إلا أنه زال ذلك بزواله بالشراء . فزمان الشراء خال عن الحل . أما عن الحل الحاصل بالنكاح فظاهر لأنه زمان زواله . وأما عن الحل الحاصل بملك اليمين فلأنه يستعقبه الشراء ، فإن المشترى مالم يفرغ من التلغظ بلفظ اشترى بعد إيجاب البائع لم يحصل له الحل . قلت : هذه مغالطة . لأن وجود العلة يقارن وجود المعلول لا يستعقبه . فزمان التلغظ بالحرف الأخير في اشترى هو زمان وجود الشراء والحل وزوال النكاح . لا يقال : سلمنا أن نوع الحل مستمر ولا يوجد زمان خال عن الحل ولم يحدث نوع الحل ، إلا أنه حدث حل هو أثر ملك اليمين . وذلك كاف في وجوب الاستبراء لأننا تمنع ذلك ، بل الواجب حصول الحل بملك العين بعد أن لم تكن حلالا له بسبب من الأسباب ، هذا غاية توجيه كلامه لكنه يعد محل نظر . إذ لقاتل أن يقول : الشراء سبب الملك وحل الوطء حكمه وحكم الشيء يتعقبه ، فزمان وجود الملك خال عن الحل مطلقا فيجب الاستبراء تقدم التسليم أولا . فلم يصلح ما ذكره حيلة لإسقاطه أصلا فتأمل ، فإن هذا من المطارح ، إلى هنا لفظ ذلك البعض . أقول : ما أورده في خاتمة كلامه ليس بشيء ، فإنه إن أراد بقوله وحكم الشيء يتعقبه أنه يتعقبه زمانا البتة فهو ممنوع جدا ، وإن أراد به أنه يتعقبه ذاتا : أى يتوقف عليه فهو مسلم . ولكن لا يلزم منه أن يكون زمان وجود الملك خاليا عن الحل مطلقا ، وبالحيلة لزوم تأخر حكم الشيء عن الشيء زمانا ممنوع . ولزوم تأخره عنه ذاتا مسلم ضرورة كون حكم الشيء متفرعا عليه ولكن لا يلزم منه خلو زمان ما عن الحل مطلقا فيمن نحن فيه حتى يجب الاستبراء (قوله لأن الحيض يمتد شطر عمرها) قال صاحب النهاية : أى يقرب من شطر عمرها وهو عشرة أيام في كل شهر

فإن الكلام لما انساق في الاستبراء إلى حرمة الدواعى وفي هذه المسئلة حرمة الدواعى ذكرها ، ويعوز أن يقال : صدر الفصل بالاستبراء وغيره وهذه من غيره . وقوله (لأن الحيض يمتد شطر عمرها) قال في النهاية : أى يقرب من شطر عمرها وهو عشرة أيام في كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر . وفيه نظر لأنه يشير إلى أن الشطر هو النصف . ويتقوى بذلك استدلال الشافعى رحمه الله علينا بالحديث على أن أكثر الحيض خمسة عشر يوما . وقوله (ومن له أمتان أختان فقبلهما) هذه على ثلاثة أوجه : أما إن قبلهما أو لم يقبلهما أو قبل إحداهما . فإن لم يقبلهما أصلا

(قوله ويعوز أن يقال : صدر الفصل بالاستبراء الخ) أقول : لكنها من مسائل باب الظهار .

فرج الأخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها) وأصل هذا أن الجمع بين الأختين المملوكتين لا يجوز وطأ لإطلاق قوله تعالى - وأن تجمعوا بين الأختين - ولا يعارض بقوله تعالى - أو ماملكت أيمانكم - لأن الترجيح للمحرم ، وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لإطلاق النص - ولأن الدواعي إلى الوطء بمنزلة الوطء في التحريم على ما مهدناه من قبل - فإذا قبلهما فكأنه وطئهما - ولو وطئهما فليس له أن يجامع إحداهما ولا أن يأتي بالدواعي فيهما - فكذا إذا قبلهما وكذا إذا مسهما بشهوة أو نظر إلى فرجهما بشهوة لما بينا إلا أن يملك

فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر انتهى . وافق أثره صاحب الكفاية . وقال صاحب معراج الدراية : أي قريب شطر عمرها وهو الثلث . أو المراد البعض انتهى . وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية : وفيه نظر - لأنه يشير إلى أن الشطر هو النصف - ويتقوى بذلك استدلال الشافعي علينا بالحديث على أن أكثر الحيض خمسة عشر يوما انتهى . أقول : نظره ساقط جدا . فإن الحديث الذي استدلل به الشافعي علينا هو قوله عليه الصلاة والسلام في نقصان دين المرأة « تفعد إحداهن شطر عمرها لاتصوم ولا تنصلي » وجه استدلاله أن المراد به زمان الحيض - والشطر هو النصف فكان أكثر مدة الحيض خمسة عشرة يوما . وقال الشراح هناك حتى صاحب النهاية نفسه : ليس المراد بالشطر في الحديث حقيقة . لأن في عمرها زمان الصغر ومدة الحمل وزمان الإياس ولا تحيض في شيء من ذلك ، فعرفنا أن المراد به ما يقارب الشطر . وإذا قدرنا العشرة بهذه الآثار كان مقاربا للشطر وحصل التوفيق انتهى . فظهر من ذلك أنه إذا كان الشطر هو النصف كما أشار إليه صاحب النهاية هنا ونص عليه الجوهري في صحاحه والمطرزي في المغرب لا يتقوى استدلال الشافعي علينا بالحديث المذكور ، بل لا يتشبه استدلاله به علينا أصلا حيث لم يكن مجال لكون الشطر هناك على حقيقته لعدم مساعدة عمر المرأة لها كما بينوا . بل لابد وأن يحمل على المجاز بأن يكون المراد به ما يقارب الشطر كما ذكروا قاطبة هناك . وعليه جرى صاحب النهاية هنا أيضا . فكان صاحب العناية نسي ما قدمت يداه . ثم إن بعض المتأخرين قال في هذا المقام : وشطر الشيء نصفه وبعضه . والمراد به هنا هو الثاني دون الأول كما ذهب إليه صاحب النهاية . ولهذا أوله بما يقرب من شطره وقال : فإنه عشرة أيام وهو قريب من خمسة عشرة يوما وهي نصف الشهر فكأنه زعم أن الشطر لا يحصى إلا بمعنى النصف انتهى كلامه . أقول : ليس هذا بسديد . لأن مجيء الشطر بمعنى البعض إنما ذكره صاحب القاموس حيث قال : الشطر نصف الشيء وجزؤه . ومنه حديث الإسراء « فوضع شطرها » أي بعضها انتهى . ولكن ذاك ليس بقطعي في أن يكون الشطر حقيقة في معنى البعض أيضا . فإن أكثر كتب اللغة غير متكفل بالفرق بين الحقيقة والمجاز . ولئن سلم أنه حقيقة في معنى البعض أيضا فليس معنى البعض بما نسب للمقام . لأن مجرد تحقق الحيض في بعض عمرها لا يقتضي الحرج في المنع عن الدواعي أيضا حالة الحيض . وإنما الذي يقتضي الحرج في ذلك تحقق الحيض في نصف عمرها أو في قريب من نصف عمرها لطول مدة الحيض إذ ذاك وهو المقتضى إلى الحرج . فلذلك حمل صاحب النهاية الشطر الواقع في عبارة المصنف هاهنا على النصف ، وأوله بالقرب من النصف ليوافق مذهبا في أكثر مدة الحيض (قوله وأصل هذا أن الجمع بين الأختين المملوكتين لا يجوز وطأ لإطلاق قوله تعالى - وأن تجمعوا بين الأختين - ولا يعارض بقوله تعالى - أو ماملكت أيمانكم - لأن الترجيح للمحرم) قال تاج الشريعة : فإن قلت : الأصل في الدلائل الجمع وأمكن هنا بأن يحمل قوله - وأن تجمعوا - على النكاح وقوله - أو ماملكت

كان له أن يقبل ويهأأ أيهما شاء سواء كان اشتراهما معا أو على التعاقب . وإن كان قبل إحداهما كان له أن يطأ المقبلة دون الأخرى . وأما إذا قبلهما بشهوة . وقيد بذلك لأنه إذا لم يكن بشهوة لا يكون معتبرا في الحكم ما ذكره في الكتاب ، وهو مذهب على رضي الله عنه عملا بإطلاق قوله تعالى - وأن تجمعوا بين الأختين - وكان عثمان رضي الله عنه يقول : أحلها آية : يعني قوله تعالى - أو ماملكت أيمانكم - وحرمتها آية : يعني قوله تعالى - وأن تجمعوا بين الأختين - والأصل في الأضباع الحل بعد وجود سبب الحل وقد وجد وهو ملك البين . قال المصنف رحمه الله (ولا يعارض بقوله تعالى - أو ماملكت أيمانكم - لأن الترجيح للمحرم) لا يقال : يجوز أن يكون المراد بالجمع بينهما نكاحا فلا يتناول محل النزاع لأن النكاح سبب مشروع لوطء . فحرمة الجمع بينهما

(٧ - تكملة فتح تقدير حتى - ١٠)

فرج الأخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها ، لأنه لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعا . وقوله بملك أراد به ملك يمين فينتظم التملك بسائر أسبابه بيعا أو غيره . وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل ، لأن الوطء يحرم به . وكذا إعتاق البعض من إحدهما كالإعتاق كلها . وكذا الكتابة كالإعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطء بذلك كله .

أيمانكم - على ملك اليمين . قلت : المعنى الذى يحرم الجمع بين الأختين نكاحا وجدنا وهو قطيعة الرحم فيثبت الحكم هنا أيضا . ولأن قوله - أو ما ملكت أيمانكم - مخصوص إجماعا ، فإن أمه وأخته من الرضاع والأمة المحبوسة حرام فلا يعارض ما ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع انتهى كلامه . واقتضى أثره صاحب الكفاية والشارح العيني . أقول : في كل من وجهى الجواب نظر . أما في الوجه الأول فلأن حاصله أنه على تقدير أن يحمل قوله - وأن تجمعوا - على النكاح يثبت حكم حرمة الجمع بين الأختين وطأ بملك اليمين أيضا دلالة لوجود المعنى المحرم فيه أيضا وهو قطيعة الرحم لكنه ليس بتمام ، إذ قد تقرر في أصول الفقه أن عبارة النص وإشارته ترجحان على دلالة النص عند التعارض . والظاهر أن إفادة عموم قوله تعالى - أو ما ملكت أيمانكم - حل الجمع بين الأختين المملوكتين وطأ بالعبارة ، ولا أقل من أن يكون بالإشارة ، فيلزم أن يترك بها دلالة الآية الأخرى على حرمة الجمع بينهما وطأ على مقتضى قاعدة الأصول . وأما في الوجه الثانى فلأن حاصله أن قوله تعالى - أو ما ملكت أيمانكم - من قبيل العام الذى خص منه البعض فصار ظنيا لتمكن الشبهة كما عرف في علم الأصول . فلا يصلح أن يعارض ما هو ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع لكونه قطعيا لكنه ليس بتمام أيضا ، إذ قد تقرر في أصول الفقه أن العام الذى خص منه البعض إنما يكون ظنيا إذا كان المخصص موصولا ، وأما إذا كان مفصولا متأخرا فالخاص إذ ذلك يكون نائما للعام فى القدر الذى تناوله الخاص ، ويكون العام فى الباقي قطعيا بلا شبهة . والظاهر أن مخصص الأم والأخت من الرضاع والأمة المحبوسة من قوله تعالى - أو ما ملكت أيمانكم - ليس بموصول به ، فلم يكن ظنيا فى الباقي بل كان قطعيا كالمحرم للجمع فلم يظهر الرجحان من ذلك الوجه حتى لا يصلح للمعارضة فتأمل (قوله وقوله بملك أراد به ملك يمين فينتظم التملك بسائر أسبابه بيعا أو غيره) قال صاحب العناية : قوله فينتظم التملك بسائر أسبابه : أى أسباب التملك كالشراء والوصية والميراث والخلع والكتابة والهبة والصدقة انتهى . أقول : فى بعض تمثيلاته خطأ ، وهو الوصية والميراث والكتابة . أما فى الوصية والميراث فلأن تملك الغير فى الوصية والميراث إنما يثبت بعد موت الموصى والمورث فكيف يدخل ذلك تحت قوله بملك فى قوله فإنه لا يجمع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشبهة ولا ينظر إلى فرجها بشبهة حتى يملك فرج الأخرى غيره بملك أو نكاح ، فإن شيئا من الجماعة والمس والنظر لا يتصور بعد الممات ، على أن نفس التملك أيضا على حقيقته غير متصور فى الإرث . وأما فى الكتابة فلأنها ملحقه بالإعتاق كما سيصرح به المصنف بقوله وكذا الكتابة كالإعتاق فى هذا فكانت من فروع قوله أو يعتقها غير داخلة فى قوله حتى يملك فرج الأخرى غيره بملك : إذ المراد بالملك هنا ملك اليمين بدلالة عطف قوله أو نكاح عليه . ولا يتصور تملك الفرج غيره ملك يمين بالكتابة كما لا يخفى على من عرف معنى الكتابة شرعا (قوله وكذا الكتابة كالإعتاق فى هذا لثبوت حرمة الوطء بذلك كله) قال صاحب العناية : كلمة كذا فى قوله وكذا الكتابة كالإعتاق زائدة . وقال الشارح العيني بعد نقل ذلك : قلت زيادة كذا فى كلام العرب غير مشهورة انتهى . أقول : هذا كلام عجيب . إذ لا شك أن مراد صاحب العناية أن كلمة كذا هاهنا زائدة : أى مستدركة لا أنها زائدة كزيادة بعض الحروف لتحسين اللفظ كما توهمه العيني حتى يتوجه إليه قوله زيادة كذا فى كلام العرب غير مشهورة . وبالحملة مراد صاحب العناية الدخول لا التوجيه . فما ذكره العيني لغو محض . ثم أقول : يمكن توجيه عبارة المصنف بما يندفع به الاستدراك فى كلمة كذا وهو أن مراد المصنف وكذا : أى وككون إعتاق البعض من إحدهما كالإعتاق الكل بالكتابة كالإعتاق : أى كإعتاق الكل . فحينئذ يصير المقصود من كلمة كذا

نكاحا دليل على حرمة الجمع بينهما وطأ فوجب ترجيح المحرم . والباقي واضح . قوله (وكذا الكتابة كالإعتاق) كلمة كذا زائدة وقوله (فى هذا) أى فى أنه يحل وطء الأخرى . واستشكل ذلك لأنها بالكتابة لم تخرج عن ملك المولى حتى يلزمه استبراء جديد بعد العجز ولم يحل فرجها لغيره فكان ينبغى أن لا يحل له وطء الأخرى . وأجيب بأن الحل يزول بالكتابة ولهذا يلزمه العقد بوطئها ،

وبرهن إحداهما وإجارتها وتديبرها لاتحل الأخرى : ألا يرى أنها لاتخرج بها عن ملكه . وقوله أو نكاح أراد به النكاح الصحيح . أما إذا زوج إحداهما نكاحا فاسدا لايباح له وطء الأخرى إلا أن يدخل الزوج بها فيه . لأنه يجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم . ولو وطئ إحداهما حل له وطء الموطوءة دون الأخرى لأنه يصير جامعا بوطء الأخرى لا بوطء الموطوءة . وكل امرأتين لايجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرناه بمنزلة الأخنتين . قال (ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل أو يده أو شيئا منه أو يعانقه) وذكر الطحاوي أن هذا قول أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روى « أن النبي عليه الصلاة والسلام عاتق جعفر ارضى الله عنه حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه » ولهما ما روى

هاتنا هو التشبيه بما قبله كما كان المقصود من كلمة كذا في قوله وكذا إعتاق البعض من إحداهما كإعتاق كلها هو التشبيه أيضا بما قبله ، فكأنه قال : وأيضا الكتابة بالإعتاق في هذا ، والغرض من التشبيه التشريك في تعليل واحد كما يرشد إليه قوله لثبوت حرمة الوطء بذلك كله فتدبر (قوله وبرهن إحداهما وإجارتها وتديبرها لاتحل الأخرى : ألا يرى أنها لاتخرج بها عن ملكه) أقول : كان الظاهر في التعليل هنا أن يقول : لأنه لاثبت بها حرمة الوطء . فإن مجرد عدم خروجها عن ملكه لا يقتضي أن لاتحل له الأخرى : ألا يرى أنها لاتخرج عن ملكه بالكتابة أيضا كما تقرر في كتاب المكاتب وصرح به الشراح أيضا هنا فيما قبل : مع أنه إذا كاتب إحداهما حل له الأخرى كما مر آنفا : وحمل الملك في قوله لاتخرج بها عن ملكه على ملك الوطء كما فعله بعض المتأخرين تعسف لا يخفى . إذ المستعمل في اللغة والعرف حل الوطء لا ملك الوطء : وإنما يقال ملك اليمين أو ملك النكاح (قوله ولهما ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة : وعن المكامعة وهي التقبيل) قال في غاية البيان : وتفسير المكامعة بالمعانقة فيه نظر . لأنه قال في ديوان الأدب وغيره : كاتم امرأته : ضاجعها ، وكاتم المرأة : قبّلها . وقال في الفائق : « نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المكامعة والمكامة » : أي عن ملائمة الرجل الرجل ومضاجعته إياه لاستمر بينهما إلى هنا لفظ غاية البيان . وقال العيني بعد نقل ذلك : قلت فيه نظر : لأن المضاجع هو المعانق غالبا ، ولا يضاجع أحد غيره إلا والغالب أنه يعانقه اه . أقول : ليس هذا بشيء . لأن كون المضاجع هو المعانق غالبا ممنوع ، ولو سلم ذلك فلا يلزم منه أن تكون المكامعة هي

فجعل زوال الحل عنها بالكتابة كزواله بالزويج فيحل له أن يطأ الأخرى . وقوله (ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل الخ) واضح . وعن عطاء أن ابن عباس رضى الله عنهما سئل عن المعانقة فقال : أول من عاتق إبراهيم الخليل صلوات الله عليه ، كان بمكة فأقبل إليها ذو القرنين ، فلما كان بالأبطح قيل له في هذه البلدة إبراهيم خليل الرحمن ، فقال ذو القرنين : ما ينبغي لي أن أركب في بلدة فيها إبراهيم خليل الرحمن ، فنزل ومشى إلى إبراهيم فسلم عليه إبراهيم عليه السلام واعتقه ، فكان هو أول من عاتق . والشيخ أبو منصور رحمه الله وفق بين هذه الأحاديث فقال : المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة ، وعبر عنه المصنف رحمه الله بقوله في إزار واحد فإنه سبب يفضى إليها ، فأما على وجه البرّ والكرامة إذا كان عليه قميص أو جبة فلا بأس به . وعن سفيان رحمه الله : تقبيل يد العالم سنة . وتقبيل يد غيره لا يرخص فيه . ولم يذكر القيام تعظيما للغير . وروى عن أنس رضى الله عنه « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكره القيام » وعن الشيخ الحكيم أبي القاسم رحمه الله أنه كان إذا دخل عليه أحد من الأغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوّم الفقراء وطلبة العلم . فقيل له في ذلك فقال : لأن الأغنياء يتوقعون مني التعظيم ، فلو تركت تعظيمهم

(قوله فقال : المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة) أقول : سواء كان في إزار واحد ، أو كان عليه جبة أو قميص ، فبين ما ذكره الشيخ أبو منصور وما ذكره المصنف فرق ظاهر ، ولعل الأولى ما ذكره الشيخ .

أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة . وعن المكامعة وهي التقييل . وما رواه محمود على ما قبل التحريم . قالوا : الخلاف في المعانقة في إزار واحد . أما إذا كان عليه قميص أو جبة فلا بأس بها بالإجماع وهو الصحيح . قال (ولا بأس بالمصافحة) لأنه هو المتوارث . وقال عليه الصلاة والسلام « من صافح أخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه » .

المعانقة في الغالب . وإنما الذي يلزم منه أن يلزم المكامعة والمعانقة في الغالب . ولا شك أن أحد المتلازمين لا يكون عين الآخر كالأبوة والبنوة فكيف يصح تفسير إحداهما بالأخرى . ولوسلم صحة التفسير باللازم بناء على المساحة لم يندها هنا لأن المضاجعة لما وجدت بدون المعانقة وإن كان في غير الغالب كانت المعانقة أخص من المضاجعة . فلم يصح تفسير المكامعة التي هي المضاجعة بالمعانقة بناء على عدم صحة التفسير بالأخص . ونظر صاحب الغاية إنما هو في تفسير المكامعة بالمعانقة لا غير . وقال بعض المتأخرين : وفشرها المصنف بالمعانقة مع أن المكامعة هي المضاجعة . في ديوان الأدب وغيره : كأمع امرأته ضاجعها بناء على أن الكلام في المعانقة . والظاهر أن ما نهى من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعانقة لعدم الخلاف في إباحة المضاجعة لأعلى ذلك الوجه . على أن المكامعة بحسب اللغة هي المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة . في القاموس : كامعه : ضاجعه في ثوب واحد . إلى هنا كلام ذلك البعض في شرحه . وقال في الحاشية : فيه رد على صاحب الغاية . أقول : كل من مقدمات كلامه مجروح . أما قوله بناء على أن الكلام في المعانقة تعليلاً لتفسير المصنف المكامعة بالمعانقة فظاهر البطلان . لأن كون الكلام في المعانقة كيف يسوغ تفسير المكامعة بغير معناها ، وهل يقول العاقل بتغيير معنى لفظ الحديث ليكون مطابقاً لدعاه . وأما قوله والظاهر أن ما نهى من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعانقة فممنوع . إذ لم يقل أحد من الثقات بهذا التخصيص عند بيان المراد بالمكامعة المذكورة في الحديث . بل أطلقوها . قال الزمخشري في الفائق : « نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المكامعة والمكامعة » : أي عن ملائمة الرجل الرجل ومضاجعته إياه لا ستره بينهما انتهى . وقال الجوهري في الصحاح : وكامعه مثل ضاجعه . والمكامعة التي نهى عنها في الحديث أن يضاجع الرجل الرجل لا ستره بينهما انتهى . وقال المطرزي في المغرب : نهى عن المكامعة والمكامعة : أي عن ملائمة الرجل الرجل لاسترة بينهما ومضاجعته إياه في ثوب واحد لا ستره بينهما . هذا هو المراد بهما في الحديث عن أبي عبيد القاسم بن سلام وابن دريد وغيرهما . وهكذا حكاه الأزهري والجوهري انتهى . وأما قوله لعدم الخلاف في إباحة المضاجعة لأعلى ذلك الوجه فممنوع أيضاً ، إذ لا شك أن شناعة مضاجعة الرجل الرجل في ثوب واحد لا ستره بينهما ليست بأقل من شناعة مجرد المعانقة أو في غير داخل الثوب . فكيف يقول بإباحة الأولى من لا يقول بإباحة الثانية سيما عند إطلاق لفظ الحديث بل كونه حقيقة في نفس المضاجعة . وأما قوله على أن المكامعة بحسب اللغة هي المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة . واستشهاده عليه بما في القاموس فليس بمفيد أصلاً . لأنها وإن كانت هي المضاجعة المخصوصة إلا أن معناها ليس عين معنى المعانقة ولا مساوياً له في التحقق لانفكاك تحقق كل منهما عن الآخر في بعض الصور كما عرفت من قبل ، فكيف يصح تفسير المكامعة بالمعانقة كما هو حاصل نظر صاحب الغاية : فن أين يحصل الرد عليه بما ذكره ذلك القائل . ولعمري إن مفاسد قلة التأمل مما يضيق عن الإحاطة به نطاق البيان . والله سبحانه وتعالى المستعان .

تضرروا . والفقراء وطلبة العلم لا يطعمون مني ذلك . وإنما يطعمون جواب السلام والكلام معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام .

(فصل في البيع)

قال (ولا بأس ببيع السرقيين . ويكره بيع العذرة) وقال الشافعي : لا يجوز بيع السرقيين أيضا لأنه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ . ولنا أنه منتفع به لأنه يلقى في الأرضي لاستكثار الربيع فكان مالا والمال محل للبيع . بخلاف العذرة لأنه لا ينتفع بها إلا مخلوطا . ويجوز بيع المخلوط هو المروى عن محمد وهو الصحيح . وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح . والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة . قال (ومن علم تجارية أنها لرجل فرأى آخر يبيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فإنه يسعه أنه يبتاعها ويطؤها) لأنه أخبر بخبر صحيح لا منازع له ، وقول الواحد في المعاملات مقبول على أي وصف كان لما مر من قبل . وكذا إذا قال اشتريتها منه أو وهبتها أو تصدق بها على لما قلنا ، وهذا إذا كان ثقة .

(فصل في البيع)

قال الشراح : آخر فصل البيع عن فصل الأكل والشرب واللمس والوطء لأن أثر تلك الأفعال متصل بيدن الإنسان . وهذا لا ، وما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم انتهى . أقول : كان المناسب بسياق كلامهم أن يقولوا : وما كان متصلا كان أحق بالتقديم . إلا أنهم قالوا : وما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم إفادة في ضمن بيان وجه تأخير هذا الفصل وجه تأخير الفصول السابقة بعضها عن بعض أيضا . لأن ما هو المتقدم منها أكثر اتصالا بيدن الإنسان مما هو المتأخر كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله وهذا إذا كان ثقة) قال صاحب العناية : فإن قيل : قوله وهذا إذا كان ثقة يناقض قوله على أي وصف كان . أجيب بأن معنى قوله ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه وإن كان فاسقا لجواز أن لا يكذب الفاسق لمروءته ولوجهاته انتهى . واقتنى أثره العيني .

(فصل في البيع)

آخر فصل البيع عن فصل الأكل والشرب واللمس والوطء لأن أثر تلك الأفعال متصل بيدن الإنسان وهذا لا ، وما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم . قال (ولا بأس ببيع السرقيين) كلامه واضح . وقوله (في الصحيح) احتراز عن الرواية الأخرى وهي أن الانتفاع بالعذرة الخالصة يجوز . وقوله (على أي وصف كان) يعني حرا كان أو عبدا مسلما أو كافرا رجلا أو امرأة . وقوله (لما مر من قبل) يعني في فصل الأكل والشرب في قوله ومن أرسل أجيرا له مجوسيا . وهذا لأن خبر الواحد في المعاملات مقبول من غير شرط العدالة دفعا للحرج . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأنه أخبر بخبر صحيح لا منازع له . فإن قيل : قوله وهذا إذا كان ثقة يناقض قوله على أي وصف كان . أجيب بأن معنى قوله ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه وإن كان فاسقا لجواز أن لا يكذب الفاسق لمروءته أو لوجهاته .

(فصل في البيع)

(قوله فإن قيل : قوله وهذا إذا كان ثقة يناقض قوله على أي وصف) أقول : ممنوع ، لأن غير العدل لا يلزم أن يدخل تحت قوله على أي وصف كان على ما بينته نفسه ، ولو سلم فلم يقل المصنف لا يقبل قول غير الثقة ؛ ألا يرى إلى قوله وكذا إذا كان غير ثقة ، وقوله لأن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة ، لكن يرد على المصنف أنه إذا كان قبول خبره متوقفا على حصول أكبر الرأي لا يبق فرق بينها وبين الديانات ، فإن خبر الفاسق يقبل فيها أيضا بأكبر الرأي على ما مر . وجوابه أن خبر الفاسق إنما يقبل في الديانات بأكبر الرأي إذا حصل بعد التحري ، بخلاف ما نحن فيه حيث لا يشترط التحري فتأمل (قوله أجيب بأن معنى قوله ثقة) أقول : فيه بحث .

وقد سبقهما إلى مأخذ هذا السؤال والجواب تاج الشريعة وصاحبه الكفاية حيث قال : وتؤويل قوله وهذا إذا كان ثقة بعد قوله على أى وصف كان : يعنى أنه ممن يعتمد على كلامه وإن كان فاسقا . لأنه يجوز أن يكون فاسق صادق القول لا يكذب لمروءته انتهى . أقول : لا السؤال شئ ولا الجواب . أما الأول فلأن المصنف لم يقتصر على قوله وهذا إذا كان ثقة . بل قال بعده وكذا إذا كان غير ثقة . وأكبر رأيه أنه صادق فلا يناقض ما ذكره هاهنا قوله فيما قبل على أى وصف كان . نعم قد نبه بقوله وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يسعه أن يتعرض لشيء من ذلك على عدم دخول بعض جزئيات غير الثقة في الحكم السابق . ولا ضير فيه لأن المستفاد من قوله على أى وصف كان عموم الأوصاف لا عموم الجزئيات . وكلامه هاهنا تفصيل لما أحمله فيما قبل . ولا بعد في أن يفيد التفصيل مالا يفيد الإجمال . وأما الثاني فلأنه لو كان معنى قول المصنف ثقة في قوله وهذا إذا كان ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه كما توهمه هؤلاء الشراح دون معنى العدالة كما هو الظاهر لما تم معنى قوله وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق ، إذ يصير حينئذ معنى قوله غير ثقة من لا يعتمد على كلامه . وفي شأن من لا يعتمد على كلامه كيف يتصور أن يكون أكبر رأى السامع أنه صادق ، ولما تم تعليل ذلك بقوله لأن عدالة الخبر غير لازمة . لأن عدم لزوم عدالة الخبر لا يدل على لزوم الاعتماد على كلامه ، إذ المفروض من الجواب المذكور جواز كون الفاسق أيضا ممن يعتمد على كلامه فكان من يعتمد على كلامه أعم من العدل ولا شك أن عدم لزوم الأخص لشيء لا يقتضى عدم لزوم الأعم له . فالصواب أن مراد المصنف بقوله إذا كان ثقة إذا كان عدلا . وبقوله وكذا إذا كان غير ثقة . وكذا إذا كان غير عدل . ولا تناقض بين ذلك وبين قوله على أى وصف كان أصلا كما تحققت آنفا ، وبما يفسح عن كون المراد بالثقة وبغير الثقة هاهنا ما ذكرناه كلام صاحب المحيط حيث قال : هذا إذا كان الخبر عدلا ، وإن كان الخبر غير ثقة أو كان لا يدري أنه ثقة أو غير ثقة يريد به أن الخبر إذا كان فاسقا أو مستورا نظر فيه ، فإن كان أكبر رأيه أنه صادق إلى آخر كلامه ، فإنه ذكر عدلا موضع ثقة وفسر غير ثقة في قول محمد وإن كان الخبر غير ثقة بالفاسق . ومن لا يدري أنه ثقة أو غير ثقة بالمستور حيث قال : يريد به أن الخبر إذا كان فاسقا أو مستورا . ومن تتبع كلمات ثقات المشايخ في باب مسائل قبول خبر الواحد في كتبهم المعتبرة لا يشتبه عليه أن المراد بالثقة هو العدل ، وبغير الثقة غير العدل . فإنهم كثيرا ما يذكرون كل واحد من لفظي العدل والثقة موضع الآخر ، وكذا الحال في غير الثقة وغير العدل . وقال بعض المتأخرين في حل هذا المقام : قوله وقول الواحد في المعاملات مقبول على أى وصف كان : يعنى عدلا كان أو غير عدل ، صيبا كان أو بالغا ، حرا كان أو عبدا ، مسلما كان أو كافرا ، رجلا كان أو امرأة ، لكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه وإن كان فاسقا لجواز أن يعتمد على قوله إذا كان وجبها في الناس ذا مروءة لأنه لا يميل إلى حطام الدنيا لوجهته ولا يكذب لمروءته ، فلا منافاة بين عدم اشتراط العدالة كما دل عليه قوله على أى وصف كان وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا إذا كان ثقة ، لأن الثاني أعم من الأول . ولو سلم فلا منافاة أيضا لأن الإشارة بلفظ هذا إلى كونه في سعة من ابتاعها بمجرد قوله وكلني صاحبها يبيعها ، لا إلى قبول قول الواحد في المعاملات . فإن قوله يقبل أيضا إذا لم يكن ثقة كما صرح به بقوله وكذا إذا كان غير ثقة ، إلا أن قبوله يكون مع ضمنية التحرر الموافق . إلى هنا كلامه . أقول : فيه فساد من وجوه : الأول أن قوله لكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه ينافي قول المصنف رحمه الله وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق فكيف يصح شرح كلامه بما ينافية صريح عبارته . والثاني أن قوله وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا إذا كان ثقة ليس بصحيح : لأن قول المصنف وهذا إذا كان ثقة إنما يكون تصريحاً باشتراط كونه ثقة : أن لو اقتصر الكلام عليه ولم يقل وكذا إذا لم يكن غير ثقة ، ولما قال وكذا إذا كان غير ثقة كان كلامه صريحا في عدم اشتراط كونه ثقة كما لا يخفى . والثالث أن قوله ولو سلم فلا منافاة أيضا كلام فاسد المعنى ، لأن معناه لو سلم

وكذا إذا كان غير ثقة ، وأكبر رأيه أنه صادق لأن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على مامر .

المنافاة بين عدم اشتراط العدالة وبين اشتراط كونه ثقة فلا منافاة أيضا ، ولا شك أن تسليم المنافاة يناقض القول بعدم المنافاة . فكان مضمون كلامه المزبور جمعا بين النقيضين . اللهم إلا أن يكون قوله ولوسلم ناظرا إلى قوله لأن الثاني أعم من الأول لا إلى قوله فلا منافاة بين عدم اشتراط العدالة الخ ؛ فالمعنى ولو سلم عدم عموم الثاني من الأول فلا منافاة أيضا . والرابع أن قوله لأن الإشارة بلفظ هذا إلى كونه في سعة من ابتاعها بمجرد قوله وكلني صاحبها لا إلى قبول قول الواحد في المعاملات ظاهر البطلان لأن المصنف وغيره علاوا كونه في سعة من أن يبتاعها ويأخذها بكون قول الواحد في المعاملات مقبولا على أي وصف كان : فلو كان الأول مشروطا بكونه ثقة دون الثاني لما صح تعاليل الأول بالثاني ضرورة عدم استلزام تحقق العام بتحقيق الخاص . والخامس أن قوله فإن قوله يقبل أيضا إذا لم يكن ثقة كما صرح به بقوله وكذا إذا كان غير ثقة يدل على خلاف مدعاه من كون الإشارة بلفظ هذا إلى كونه في سعة من ابتاعها بمجرد قوله وكلني صاحبها لا إلى قبول قول الواحد في المعاملات ، إذ لاشك أن قول المصنف وكذا إذا كان غير ثقة عطف على قوله وهذا إذا كان ثقة . ولا ريب أن محل الحكم في المعطوف والمعطوف عليه واحد وهو ما أشير إليه بلفظ هذا في المعطوف عليه ، فإذا كان صريح معنى قوله وكذا إذا كان غير ثقة ، وكذا يقبل قول الواحد إذا كان غير ثقة كما اعترف به فلا جرم أن يكون معنى قوله وهذا إذا كان ثقة ، وقبول قول الواحد إذا كان ثقة على أن يكون لفظ هذا إشارة إلى قبول قول الواحد وهو خلاف ما ادعاه . والسادس أن اعترافه هنا بكون قول الواحد مقبولا فيما إذا كان غير ثقة أيضا ويكون قول المصنف وكذا إذا كان غير ثقة صريحا في ذلك يناقض قوله في صدر كلامه ، وقول الواحد مقبول على أي وصف كان ولكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه . وبالجملة ما ذكره ذلك البعض في هذا المقام برمته خارج عن نهج الصواب كما لا يخفى على ذوى الأبواب (قوله وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق لأن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على مامر) قلت : تعليله بقوله لأن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة دليل واضح على كون مراده بغير الثقة غير العدل وبالثقة العدل كما نبهنا عليه من قبل ، إذ لو كان مراده بالثقة من يعتمد على كلامه وإن كان فاسقا وبغير الثقة من لا يعتمد على كلامه كما توهمه جماعة من الشراح على ما مر لما صح تعليل قبول قول غير الثقة إذا كان أكبر الرأى أنه صادق بقوله لأن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة . فإنه لا يلزم من عدم لزوم عدالته عدم لزوم كونه ممن يعتمد على كلامه فلا يتم التقريب كما لا يخفى . بقي في هذا المقام كلام وهو أن الذي ظهر مما ذكره هاهنا هو أن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة ، ولكن لا بد في قبول قوله إذا كان غير عدل من أن يكون أكبر رأى السامع أنه صادق وقد مر في أوائل كتاب الكراهية أنهم فرقوا بين المعاملات والديانات بأنه يقبل في المعاملات قول الفاسق مطلقا ولا يقبل في الديانات قول الفاسق ولا المستور إلا إذا كان أكبر رأى السامع أنه صادق ، فكان ما ذكره هاهنا مخالفا لما مر هناك لأن ما اعتبر هناك في الديانات دون المعاملات قد اعتبر هاهنا في المعاملات أيضا ، وقد تنبه بعض الفضلاء لورود هذا الإشكال فذكر إجمال ما ذكرناه . وأجاب عنه حيث قال : يرد على المصنف أنه إذا كان قبول خبره متوقفا على حصول أكبر الرأى لا يبق فرق بين المعاملات والديانات ، فإن خبر الفاسق يقبل في الديانات أيضا بأكبر الرأى على مامر . وجوابه أن خبر الفاسق إنما يقبل في الديانات بأكبر الرأى إذا حصل بعد التحري ، بخلاف ما نحن فيه حيث لا يشترط التحري فتأمل انتهى . أقول : جوابه ليس بشيء فإن أكبر الرأى لا يمكن أن يتحقق بدون التحري ، إذ التحري طلب ما هو أحرى الأمرين في غالب الظن كما صرح به في عامة كتب اللغة ، فلم يطلب ذلك ولم يتوجه إليه كيف يتصور حصول أكبر الرأى فلا معنى لعدم اشتراط التحري فيما نحن فيه عند اشتراط أكبر الرأى فيه ، وإنما اعتبار أكبر الرأى فيه اعتبار التحري بعينه ، وعن هذا وقع التعبير في بيان هذه المسئلة بعينها في المحيط البرهاني بلفظ التحري بدل أكبر الرأى حيث قال فيه : وإن كان الذي في يديه الجارية فاسقا لا تثبت إباحة المعاملة معه بنفس الخبر بل يتحري في ذلك ، فإن وقع تحريه على أنه صادق حل له الشراء منه . وإن وقع تحريه على أنه كاذب

وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يسع له أن يتعرض لشيء من ذلك ، لأن أكبر الرأى يقام مقام اليقين ، وكذا إذا لم يعلم أنها لفلان ولكن أخبره صاحب اليد أنها لفلان وأنه وكله ببيعها أو اشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله : وإن لم يكن ثقة يعتبر أكبر رأيه لأن إخباره حجة في حقه : وإن لم يخبره صاحب اليد بشيء . فإن كان عرفها للأول لم يشتريها حتى يعلم انتقالها إلى ملك الثاني لأن يد الأول دليل ماكده . وإن كان لا يعرف ذلك له أن يشتريها وإن كان ذو اليد فاسقا ، لأن يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض : ولا معتبر بأكبر الرأى عند وجود الدليل الظاهر إلا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له أن ينتزه . ومع ذلك لم يشتريها يرجى أن يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعى . وإن كان الذى أتاه بها عبدا أو أمة لم يقبلها ولم يشتريها حتى يسأل : لأن المملوك لا يملك له فيعلم أن الملك فيها لغيره . فإن أخبره أن مولاه

لا يخل له أن يشتريها منه . وإن لم يكن له رأى يبق ما كان على ما كان كما في الديانات انتهى . ثم أقول : الإشكال المذكور لا يختص بهذا الكتاب بل يتجه على غيره أيضا . وعن هذا قال المحقق التفتازانى في التلويح : ذكر فخر الإسلام في موضع من كتابه أن إخبار غير العدل يقبل في المعاملات من غير انضمام التحرى وفي موضع آخر أنه يشترط التحرى ومحمد رحمه الله ذكر القيد في كتاب الاستحسان ولم يذكره في الجامع الصغير . وقال في التوجيه : فقيل يجوز أن يكون المذكور في كتاب الاستحسان تفسير لما ذكره في الجامع الصغير فيشترط التحرى : ويجوز أن يشترط استحسانا ولا يشترط رخصة : ويجوز أن يكون في المسئلة روايتان انتهى . وقد ذكرت فيما مر في أوائل كتاب الكراهية بعد نقل هذه التوجيهات عن التلويح أن المختار عندى من بينها هو التوجيه الثانى لأنه هو الحاسم لمادة الإشكال الفارق بين المعاملات والديانات : إذ لا رخصة في الديانات بدون التحرى : والآن أيضا أقول كذلك : فيحصل به التوفيق بين الكلامين في المقامين في هذا الكتاب وغيره (قوله لأن أكبر الرأى يقام مقام اليقين) قال صاحب العناية : يعنى فيما هو أعظم من هذا كالفرج والدماء : ألا يرى أن من تزوج امرأة فأدخلها عليه إنسان وأخبره أنها امرأته وسعه أن يطأها إذا كان ثقة عنده أو كان أكبر رأيه أنه صادق . وكذا إذا دخل رجل على غيره ليلا شاهرا سيفه فلصاحب المنزل أن يقتله إذا كان أكبر رأيه أنه لص قصد قتله وأخذ ماله . وإن كان أكبر رأيه أنه هارب من لص لم يعجل بقتله انتهى . ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال : قوله لأن أكبر الرأى يقام مقام اليقين : أى في كثير من الأحكام حتى يجب به شيء كالتوجه إلى جهة التحرى : ويحرم به شيء كالصلاة إذا توضأ بماء أخبر بنجاسته غير ثقة . وأكبر رأيه أنه صادق فيجعل أكبر الرأى دليلا شرعيا أيضا فيما نحن فيه بل فيما هو أعظم منه كالفرج والدماء . وقال في الحاشية : من قال في تفسير قوله يقام مقام اليقين : يعنى فيما هو أعظم كالفرج والدماء فقد سها انتهى . أقول : نسبة السهو إليه في تفسيره المذكور سهو عظيم ، فإنه سلك في تفسيره المذكور مسلك الدلالة وإثبات

وقوله (لأن أكبر الرأى يقوم مقام اليقين) يعنى فيما هو أعظم من هذا كالفرج والدماء : ألا ترى أن من تزوج امرأة فأدخلها عليه إنسان وأخبره أنها امرأته وسعه أن يطأها إذا كان ثقة عنده أو كان أكبر رأيه أنه صادق . وكذا إذا دخل رجل على غيره ليلا شاهرا سيفه فلصاحب المنزل أن يقتله إذا كان أكبر رأيه أنه لص قصد قتله وأخذ ماله . وإذا كان أكبر رأيه أنه هارب من لص لم يعجل بذلك . وقوله (إلا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك) كدرة في يد فقير لا يملك شيئا . أو كتاب في يد جاهل لم يكن في آبائه من هو أهل لذلك فحينئذ يستحب له أن ينتزه . وقوله (وإن كان الذى أتاه بها) أى بالجارية لأن هذا كله مبنى على قوله ومن علم بجارية أنها لفلان فرأى آخر يبيعها : يعنى أن الآتى بالجارية إذا كان عبدا أو أمة وقال لآخر وهبتها منك أو بعثها منك فليس

(قال المصنف : وإن كان الذى أتاه بها عبدا الخ) أقول : قوله عبدا خبر كذا ، وأناه بها صلة للذى ، والهاء في أتاه مفعول . وهو الشخص الذى أقدم على الشراء من العبد الذى أتى بالجارية ، أو من الجارية التى أتت بالجارية ، والباء في بها باء التعدية .

أذن له وهو ثقة قبل . وإن لم يكن ثقة يعتبر أكبر الرأى ، وإن لم يكن له رأى لم يشترها لقيام الحاجر فلا بد من دليل . قال (ولو أن امرأة أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات عنها أو طلقها ثلاثاً أو كان غير ثقة وأنها بكتاب من زوجها بالطلاق ، ولا تدرى أنه كتابه أم لا . إلا أن أكبر رأيا أنه حق) يعنى بعد التحرى (فلا بأس بأن تعتد ثم تزوج) لأن القاطع طارئ ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقنى زوجى وانقضت عدتى فلا بأس أن يتزوجها ، وكذا إذا قالت المطلقة الثلاث انقضت عدتى وتزوجت بزواج آخر ودخل بى ثم طلقنى وانقضت عدتى فلا بأس بأن يتزوجها الزوج الأول ، وكذا لو قالت جارية كنت أمة فلان فأعتقنى لأن القاطع طارئ . ولو أخبرها مخبر أن أصل النكاح كان فاسداً أو كان الزوج حين تزوجها مرتداً أو أخاها من الرضاة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان أو رجل وامرأتان . وكذا إذا أخبره مخبر أنك تزوجتها وهى مرتدة أو أختك من الرضاة لم يتزوج بأختها أو أربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان ، لأنه أخبر بفساد مقارن والإقدام على العقد يدل على صحته وإنكار فساد فثبت المنازع بالظاهر . بخلاف ما إذا كانت المنكوحة صغيرة فأخبر الزوج أنها ارتضعت من أمه أو أخته حيث يقبل قول الواحد فيه لأن القاطع طارئ ، والإقدام الأول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا . وعلى هذا الحرف يدور الفرق . ولو كانت جارية صغيرة لاتعبر عن نفسها فى يد رجل يدعى أنها له فنما كبرت لقبها رجل فى بلد آخر فقالت أنا حرة الأصل لم يسعه أن يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم . قال (وإذا باع المسلم خيراً وأخذ ثمنها وعلمه دين فإنه يكره لصاحب الدين أن يأخذ منه وإن كان البائع نصرانياً فلا بأس به) والفرق أن البيع فى الوجه الأول قد بطل ، لأن الحمر ليس بمال متقوم فى حق المسلم فبقى الثمن على ملك المشتري فلا يحل أخذه من البائع .

الحكم فيما نحن فيه بالأولوية كما فى قوله تعالى - فلا تقل لهما أف - فإن فيه النهى عن الضرب بالأولوية ، ولبت شعري ماذا يقول ذلك القائل فى شأن الإمام الرابى محمد رحمه الله تعالى : فإنه أيضاً قال فى الأصل فى هذا المقام : وأكبر الرأى مجوز للعمل فيما هو أكبر من هذا كالفروج وسفك الدماء ، فإن من تزوج امرأة فأدخلها عليه إنسان وأخبره أنها امرأته الخ كما نقل عنه فى النهاية والكفاية ومعراج الدراية . ولا يخفى أنه أيضاً مثل مقاله صاحب العناية فى كونه من تلك الدلالة بالأولوية ، بل ذلك مأخذ مقاله صاحب العناية : وعن هذا قال فى النهاية والكفاية بعد نقل ذلك عن محمد : فعلم بهذا أن فيما هو أهم الأمور وهو الدماء والفروج جاز العمل بأكبر الرأى عند الحاجة : مع أن الغلط إذا وقع لا يمكن تداركه فيما دون ذلك أولى انتهى (قوله لأن القاطع طارئ والإقدام الأول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع) اعترض عليه بأنه إن قبل خبر الواحد فى إفساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول ، وهو أن الملك للزوج فيها ثابت والمالك الثابت للغير لا يبطل بخبر الواحد . وأجيب بأن ذلك إذا كان

لآخر أن يقبلها منه ولا أن يشتريها منه حتى يسأل عن ذلك : لأن المنافى للملك وهو الرق معلوم فيه ، فالأمر يظهر له دليل مطلق للتصرف فى حق من رآه فى يده لا يحل له الشراء . وقوله (وإن لم يكن له رأى لم يشترها لقيام الحاجر) بالراء المهملة : أى المانع فلا بد من دليل . وقوله (ولو أن امرأة أخبرها ثقة) بناء على أن القاطع إذا كان طارئاً ولا منازع للمخبر به يقبل قول الواحد . فإن كان ثقة لا يحتاج إلى غيره ، وإن لم يكن لابد من انضمام أكبر رأى المخبر له ، وإذا ظهر ذلك سبيل تطبيق الفروع عليه . وقوله (لأن القاطع طارئ فيه) والإقدام الأول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع اعترض عليه بأنه إن قبل خبر الواحد فى إفساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول ، وهو أن الملك للزوج فيها ثابت والمالك الثابت للغير فيها لا يبطل بخبر الواحد . وأجيب بأن ذلك إذا كان ثابتاً بدليل موجب وملكه فيها ليس كذلك بل باستصحاب الحال وخبر الواحد أقوى منه والباقي واضح . قال (وإذا باع المسلم خيراً الخ) كلامه واضح . وروى عن محمد رحمه الله أنه قال : هذا إذا كان القضاء

وفي توجه الثاني صح البيع لأنه مال متقوم في حق الذي فملكه البائع فيحل الأخذ منه . قال (ويكره الاحتكار في أقوات آدميين والبهائم إذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار بأهله وكذلك التلقي . فأما إذا كان لا يضر فلا بأس به) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » ولأنه يتعلق به حق العامة . وفي الامتناع عن البيع إبطال حقهم وتضييق الأمر عليهم فيكره إذا كان يضر بهم ذلك بأن كانت البلدة صغيرة . بخلاف ما إذا لم يضر بأن كان المضر كبيراً لأنه حابس ملكه من غير إضرار بغيره . وكذلك التلقي على هذا التفصيل « لأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان » . قالوا هذا إذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة . فإن لبس فهو مكروه في الوجهين لأنه غادر بهم . وتخصيص الاحتكار بالأقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول أبي حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف رحمه الله : كل ما أضر بالعمامة حبسه فهو احتكار وإن كان ذهباً أو فضة أو ثوباً . وعن محمد رحمه الله أنه قال : لا احتكار في الثياب . فأبو يوسف اعتبر حقيقة الضرر إذ هو المؤثر في الكراهة . وأبو حنيفة اعتبر الضرر المجهود المتعارف . ثم المدة إذا قصرت لا يكون احتكار لعدم الضرر ، وإذا طالت يكون احتكاراً مكروهاً لتحقيق الضرر . ثم قيل : هي مقطرة بأربعين يوماً لقوله عليه الصلاة والسلام « من احتكر طعاماً أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه » وقيل بالشهر . لأن مادونه قليل عاجل . والشهر وما فوقه كثير آجل ، وقد مر في غير موضع . ويقع التفاوت في المأثم بين أن يتربص العزة وبين أن يتربص القمح والعياذ بالله ، وقيل المدة للمعاينة في الدنيا إما يأثم وإن قلت المدة . والحاصل أن التجارة في الطعام غير محمود . قال (ومن احتكر غلة ضيعته أو ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر) أما الأول فلأنه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة ، ألا ترى أن له أن لا يزرع فكذلك له أن لا يبيع . وأما الثاني فالمذكور قول أبي حنيفة . لأن حق العامة إنما يتعلق بما جمع في المضر وجلب إلى فئتها . وقال أبو يوسف : يكره لإطلاق ما روينا . وقال محمد : كل

ثابتاً بدليل موجب وملك الزوج فيها في الحال ليس بدليل موجب بل باستصحاب الحال . وخبر الواحد أقوى من استصحاب الحال . كذا في العناية وكثير من الشروح . وقال بعض المتأخرين بعد ذكر هذا الاعتراض : والجواب فيه بحث . لأنه سبق في فصل الأكل والشرب أن الحل والحرم من باب الديانات . فيقبل قول الواحد فيهما إذا لم يتضمن الحرمة زوال الملك . كما إذا أخبر واحد عدل بحل طعام فيؤكل أو حرمة فلا يؤكل . لأن الحرمة لاتنافي الملك . وأما إذا تضمنت زوال الملك فلا يقبل ولا يثبت به الحرمة ، كما إذا أخبر عدل للزوجين أنهما ارتضعا من فلانة لأن الحرمة المؤبدة لاتتصور مع بقاء ملك النكاح فاضمحل الجواب وبقي الإشكال انتهى كلامه . أقول : بحثه ساقط جداً . لأن الذي تقرر في فصل الأكل والشرب هو أن خبر الواحد العدل يقبل في باب الحل والحرم إذا لم يتضمن زوال الملك . وأما إذا تضمن زواله فلا يقبل بناء على أن بطلان الملك لا يثبت بخبر الواحد ، وذلك كلام مجمل لم يفصل فيه أنه إذا تضمن زوال الملك الثابت بدليل موجب لم يقبل . وأما إذا تضمن زوال الملك الثابت باستصحاب الحال فيقبل . فنشأ الاعتراض هاهنا نظراً إلى ظاهر إجمال ما ذكر هناك فأجيب عنه بأن المراد من زوال الملك هناك زوال الملك الثابت بدليل موجب لا زواله ولو كان باستصحاب الحال ، لأن خبر الواحد أقوى من استصحاب الحال لكون الاستصحاب حجة دافعة لامثنية أصلاً ، بخلاف خبر الواحد فكان الجواب المذكور هاهنا تفصيلاً للإجمال الواقع هناك في الظاهر

والاقتضاء بالتراضي . فإن كان بقضاء القاضي بأن قضى عليه بهذا الثمن غير عالم بكونه ثمن الخمر طاب له ذلك بقضائه . وقوله (ويكره الاحتكار) الاحتكار افتعال من حكر : أى حبس ، والمراد به حبس الأقوات مهرباً للغلاء . وقوله (فإن ليس فهو مكروه في الوجهين) يعني في الإضرار وعلمه .

ما يجلب منه إلى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به ، بخلاف ما إذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه إلى المصر لأنه لم يتعاق به حق العامة . قال (ولا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس) لقوله عليه الصلاة والسلام « لاتسعروا فإن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق » ولأن الثمن حق العاقد فإليه تقديره . فلا ينبغي للإمام أن يتعرض لحقه إلا إذا تعلق به دفع ضرر العامة على مانبين . وإذا رفع إلى القاضى هذا الأمر يأمر المحتكر ببيع مافضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار . فإن رفع إليه مرة أخرى حبسه وعززه على ما يرى زجرا له ودفعاً للضرر عن الناس . فإن كان أرباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضى عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير فحينئذ لا بأس به بمشورة من أهل الرأى والبصيرة . فإذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع بأكثر منه أجازة القاضى ، وهذا ظاهر عند أبى حنيفة لأنه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما ، إلا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم . ومن باع منهم بما قدره الإمام صح لأنه غير مكره على البيع . وهل يبيع القاضى على المحتكر طعامه من غير رضاه . قيل هو على الاختلاف الذى عرف في بيع مال المديون . وقيل يبيع بالاتفاق لأن أبى حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عام . وهذا كذلك . قال (ويكره بيع السلاح في أيام الفتنة) معناه ممن يعرف أنه من أهل الفتنة لأنه تسبب إلى المعصية وقد بيناه في السير ، وإن كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس بذلك لأنه لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك . قال (ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم أنه يتخذ به خمر) لأن المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغييره ، بخلاف بيع السلاح في أيام الفتنة لأن المعصية تقوم بعينه . قال (ومن أجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يباع فيه الخمر بالسواد فلا بأس به) وهذا عند أبى حنيفة . وقالوا : لا ينبغي أن يكره لشيء من ذلك لأنه إعانة على المعصية . وله أن الإجارة ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الأجرة بمجرد التسليم ، ولا معصية فيه ، وإنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبتة عنه ، وإنما قيده بالسواد لأنهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس وإظهار بيع الخمر والخنازير

فكان جوابا شافيا قد اضمحل به الإشكال كما لا يخفى (قوله وإن كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس به لأنه لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك) قال بعض المتأخرين : قوله لأنه لا يستعمله في الفتنة ولو احتمالا ضعيفا فلا يكره بالشك لوجود هذا الاحتمال فليس الشك على معناه المصطلح انتهى . أقول : ليس هذا بشرح صحيح ، لأن كون احتمال أن لا يستعمله في الفتنة ضعيفا في حق من لم يكن معروفا بكونه من أهل الفتنة ممنوع ، كيف وأمور المسلمين محمولة على الصلاح والاستقامة كما صرح به صاحب الغاية وغيره في تعليل هذه المسئلة . ففي حق من لم يكن معروفا بكونه من أهل الفتنة إن لم يكن احتمال أن لا يستعمله في الفتنة أقوى وأرجح فلا أقل من أن يكون مساويا لاحتمال خلافه . فالشك على معناه المصطلح عليه قطعا ، ولو كان احتمال أن لا يستعمله في الفتنة ضعيفا مرجوحا كان احتمال أن يستعمله في الفتنة قويا راجحا ، فينبغى أن يكون السلاح من مثله في أيام الفتنة مكروها . وجواب المسئلة على خلافه . وبالحمل لا وجه للشرح المذكور أصلا (قوله وله أن الإجارة ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الأجر بمجرد التسليم . ولا معصية فيه وإنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبتة عنه) أقول : ينتقض هذا التعليل المذكور من قبل أبى حنيفة رحمه الله في هذه المسئلة بمسائل متعددة مذكورة في الذخيرة والمحيط وفتاوى قاضيخان وسائر

وقوله (ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا) بأن يبيعوا قفيزا بمائة وهو يشتري بخمسين فيمنعون منه دفعا للضرر عن المسلمين . وقوله (يرى الحجر لدفع ضرر عام) يعنى كالتطبيب الجاهل والمكارى الفللس .

في الأمصار لظهور شعائر الإسلام فيها . بخلاف السواد . قالوا : هذا كان في سواد الكوفة . لأن غالب أهلها أهل الذمة . فأما في سوادنا فأعلام الإسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها أيضا . وهو الأصح . قال (ومن حمل لذي خمر فإنه يطيب له الأجر عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : يكره له ذلك) لأنه إعانة على المعصية ، وقد صحح « أن النبي عليه الصلاة والسلام لعن في الخمر عشرا حاملها والمحمول إليه » له أن المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار . وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد به ، والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية . قال (ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة . ويكره بيع أرضها) وهذا عند

المعتبرات من غير بيان خلاف في شيء منها من أحد من أئمتنا . منها أنه إذا استأجر الذي من المسلم ببيعة ليصلي فيها فإن ذلك لا يجوز . قال في المحيط والذخيرة . لأنه استأجرها ليصلي فيها ، وصلاة الذي معصية عندنا وطاعة في زعمه ، وأتى ذلك اعتبرنا كانت الإجارة باطلة لأن الإجارة على ما هو طاعة أو معصية لا تجوز انتهى . ومنها أنه إذا استأجر المسلم من المسلم بيتا ليجعله مسجدا يصلي فيه المكتوبة أو النافلة ، فإن هذه الإجارة لا تجوز في قول علمائنا . وعند الشافعي تجوز . قال في المحيط : وهذا لأنها وقعت على ما هو طاعة ، فإن تسليم الدار ليصلي فيها طاعة ، ومن مذهبتنا أن الإجارة على ما هو طاعة لا تجوز وعنده تجوز . وكان هذا بمنزلة ما لو استأجر رجلا للأذان أو الإمامة لا يجوز عندنا لأنه طاعة . وعند الشافعي يجوز فكذلك هذا انتهى . ومنها أنه إذا استأجر ذي من ذي بيتا يصلي فيه لا يجوز . قال في المحيط والذخيرة : لأن صلاتهم طاعة عندهم معصية عندنا . وأتى ذلك كان لم تجز الإجارة انتهى . إذ لا يخفى أن التعليل المذكور في الكتاب من قبل أبي حنيفة في مسئلتنا يقتضي أن لا تبطل الإجارة في تلك المسائل أيضا . فإن الإجارة إنما ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الأجر بمجرد التسليم ، ومنفعة البيت ليس بطاعة ولا معصية . وإنما الطاعة والمعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه : فقطع نسبة ذلك الفعل عن المؤجر فينبغي أن تصح الإجارة فيها أيضا عنه مع أن الأمر ليس كذلك كما عرفت . فإن قلت : إن الإجارة وإن وردت على منفعة البيت إلا أن لجعل منفعة حين العقد لأجل الطاعة أو المعصية تأثيرا في بطلان الإجارة . قلت : فليكن الأمر كذلك فيما نحن فيه أيضا . والحاصل أن الفرق بين تلك المسائل ومسئلتنا هذه في الحكم والدليل مشكل جدا فليتأمل . ثم إنه ذكر في الذخيرة والمحيط : إذا استأجر الذي من المسلم دارا ليسكنها فلا بأس بذلك . لأن الإجارة وقعت على أمر مباح فجازت ، وإن شرب فيها الخمر أو عبد فيها الصليب أو أدخل فيها الخنازير لم يلحق المسلم في ذلك شيء . لأن المسلم لم يؤجرها لها إنما أجر للسكنى فكان بمنزلة ما لو أجر دارا من فاسق كان مباحا وإن كان قد يعصى فيها ، ولو اتخذ فيها بيعة أو كنيسة أو بيت نار يمكن من ذلك إن كان في السواد . قال شيخ الإسلام : وأراد بهذا إذا استأجرها الذي ليسكنها ، ثم أراد بعد ذلك أن يتخذ كنيسة أو بيعة فيها . فأما إذا استأجرها في الابتداء ليتخذها بيعة أو كنيسة لا يجوز إلى هنا لفظ الذخيرة والمحيط . قال بعض المتأخرين بعد نقل ذلك عن صاحب المحيط : ولا خفاء فيما بينه وبين ما ذكره المصنف من التناقض . أقول : إن التناقض بينهما مخدوع . إذ يجوز أن يكون بناء قول شيخ الإسلام فأما إذا استأجرها في الابتداء ليتخذها بيعة أو كنيسة لا يجوز على قول أبي يوسف ومحمد في هذه المسئلة ، لكون مختار نفسه قولهما وإنما يلزم التناقض بينهما . أن لو قال لا يجوز عند أبي حنيفة أو قال لا يجوز عندهم جميعا وليس فليس . وذكر أحد القولين في المسئلة الخلافية بدون بيان الخلاف ليس بعزيز في كلام الثقات . وعن هذا نرى كثيرا من أصحاب المتون يذكرون قول أبي حنيفة في كثير من المسائل الخلافية بدون بيان الخلاف . ثم الشراح يبينون الخلاف الواقع في ذلك . وكيف لا يكون مراد شيخ الإسلام بقوله المزبور ما ذكرناه : وقد صرح محمد رحمه الله في الجامع الصغير بأنه لا بأس عند أبي حنيفة أن تؤجر بيتك ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يباع الخمر فيه بالسواد . وهل يليق بمثل شيخ الإسلام أن يغفل عن مسئلة الجامع الصغير . ثم قال ذلك البعض : ثم كلام المصنف صريح في أن إجارة البيت لبيع الخمر فيه الخمر مع كونه معصية إنما صحت

وقوله (وليس الشرب من ضرورات الحمل) لأن الشرب قد يوجد بدون الحمل . وبالعكس فلا يكون الحمل مستلزما للمعصية .

أبي حنيفة . وقالوا : لا بأس ببيع أرضها أيضا . وهذا رواية عن أبي حنيفة لأنها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء . ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام : « ألا إن مكة حرام لا تباع رباها ولا تورث » ولأنها حرة محترمة لأنها فناء الكعبة . وقد ظهر آية أثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختل خلاها ولا يعصده شوكها . فكذا في حق البيع : بخلاف البناء لأنه خالص ملك الياني . ويكره إيجارها أيضا لقوله عليه الصلاة والسلام « من آجر أرض مكة فكأنما أكل الربا » ولأن أراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام من احتاج إليها سكنها ومن استغنى عنها أسكن غيره (ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ماشاء يكره له ذلك) لأنه ماكره قرضا جرّ به نفعا وهو أن يأخذ منه ماشاء حالا فحالا . ونهى رسول الله عليه الصلاة والسلام عن قرض جرّ نفعا . وينبغي أن يستودعه ثم يأخذ منه ماشاء جزءا فيجزءا لأنه ودیعة وليس بقرض . حتى لو هلك لاشيء على الآخذ ، والله أعلم .

عند أبي حنيفة المتخلل فعل فاعل مختار . وقد صرح صاحب المحيط بأن صحته لعدم كون بيع الخمر معصية للذي كسبه . لأن خطاب التحريم غير نازل في حقه . ولا خفاء فيما بينهما أيضا من التنافي انتهى . أقول : كون كلام المصنف صريحا فيما ذكره ممنوع لجواز أن يكون قول المصنف وإنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه خارجا مخرج التغليب . فإن في المسئلة المذكورة صورا : إيجار البيت لأن يتخذ فيه بيت نار وإيجاره لأن يتخذ فيه كنيسة ، وإيجاره لأن يتخذ فيه بيعة . وإيجاره لأن يباع فيه الخمر . ولا شك أن اتخاذ بيت النار واتخاذ الكنيسة واتخاذ البيعة معصية للذي أيضا لكون الكفار مخاطبين بالإيمان بلا خلاف . واتخاذ تلك الأمور ينافي الإيمان فكانت معصية قطعاً ، وإن لم يكن بيع الخمر معصية للكافر بناء على القول بأن خطاب التحريم غير نازل في حق الكفار فيجوز أن تكون الصور الثلاث الأولى مغلبة على صورة بيع الخمر في قول المصنف ، وإنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه قطعاً فقطع نسبته عنه ، فكانه قال : وإنما المعصية في صورة اتخاذ المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبة ذلك الفعل عن المؤجر . وأما في غير صورة اتخاذ المعصية وهي صورة بيع الذي الخمر فالأمر بين ، فحينئذ لا يتحقق التنافي بينه وبين ما صرح به صاحب المحيط كما لا يخفى ، ثم إنه لو سلم دلالة كلام المصنف على كون بيع الخمر أيضا معصية للذي فلا ضير فيه . لأن في نزول خطاب التحريم في حق الكفار قولين من مشايخنا ، فعند بعضهم غير نازل وعند بعضهم نازل كما عرف في أصول الفقه في فصل أن الكفار مخاطبون بالشرائع أم لا ، فيجوز أن يكون مبنى كلام صاحب المحيط على القول الأول ومبنى كلام المصنف على القول الثاني ولكل وجهة هو موليها (قوله وقالوا : لا بأس ببيع أرضها وهو رواية عن أبي حنيفة لأنها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء) قال في الكافي بعد ذكر هذا التعليل : وقوله عليه الصلاة والسلام « وهل ترك لنا عقيل من ربيع » دليل على أن عقار مكة عرضة للتملك انتهى . وأصل هذا على ما ذكر في غاية البيان وغيرها ما روى الطحاوي في شرح الآثار بإسناده إلى أسامة بن زيد أنه قال « يا رسول الله انزل في دارك بمكة ؟ قال عليه الصلاة والسلام : وهل ترك لنا عقيل من ربيع أو دور » وكان عقيل ورث أبا طالب وطالب ، ولم يرثه جعفر ولا علي لأنها كانا مسلمين ، وكان عقيل وطالب كافرين ، وكان عمر بن الخطاب من أجل ذلك يقول : لا يرث المؤمن الكافر . ففي هذا الحديث ما يدل على أن أرض مكة تملك وتورث لأنه قد ذكر فيها ميراث عقيل وطالب مما ترك أبو طالب فيها من ربيع ودور انتهى . ثم إن بعض المتأخرين بعد أن ذكر ما في الكافي وأصله المزبور على التفصيل المذكور قال : ولا يخفى عليك أن هذا الحديث لا يدل على ميراث الأرض قطعاً لاحتمال

وقوله (ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ماشاء) واضح . ولكن في لفظ الكتاب اشتباه ، وذلك لأن عند الودیعة ، فلا فرق حينئذ بين صورة الودیعة والقرض . ويجوز أن يجعل قوله يأخذ منه ماشاء خارجا مخرج الشرط : يعني وضعه بشرط أن يأخذ منه ماشاء . وأما إذا وضعه ولم يشترط شيئا فهو ودیعة إن هلك لم يضمن البقال شيئا .

(مسائل متفرقة)

قال (ويكره التعشير والنقط في المصحف) لقول ابن مسعود رضي الله عنه : جردوا القرآن . ويروى : جردوا المصاحف . وفي التعشير والنقط ترك التجريد . ولأن التعشير يخلّ بحفظ الآي والنقط بحفظ الإعراب اتكالا عليه فيكره . قالوا : في زماننا لا بد للعجم من دلالة . فترك ذلك إخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا . قال (ولا بأس بتحلية المصحف) لما فيه من تعظيمه . وصار كتنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل . قال (ولا بأس بأن يدخل أهل الذمة المسجد الحرام) وقال الشافعي : يكره ذلك . وقال

جريان الإرث على الأبنية دون الأراضي : ألا يرى إلى صحة هذا الحديث أيضا لو كانت الأراضي موقوفة والأبنية عليها مملوكة اهـ . أقول : بل لا يخفى على من له أدنى تمييز أن الحديث المذكور يدل على ميراث الأرض أيضا قطعا . إذ قد ذكر فيه أنه عليه الصلاة والسلام قال « وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور » والرباع جمع ربع وهو الدار بعينها حيث كانت المحلة والمنزل . كذا في القاموس وغيره . ولا شك أن كلا من الدار والمحلة والمنزل اسم لما يشمل البناء والعروة التي هي الأرض . فكان معنى قوله عليه الصلاة والسلام « وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور » ما ترك لنا شيئا من البناء والأرض . وإذا كان وجه عدم تركه شيئا من ذلك استيلاء على كل من ذلك بالإرث من أبي طالب كما ذكره الطحاوي في شرح الآثار دل الحديث المذكور قطعا على ميراث الأرض أيضا . وإنما لا يدل على ذلك لو كان لفظ الحديث : وهل ترك لنا عقيل من بيوت . وليس كذلك كما ترى ، بل لا مجال أصلا لأن يكون كذلك . إذ لو كان كذلك لما تم جوابا عن قول أسامة يارسول الله انزل في دارك بمكة : فإن عدم ترك عقيل بيتا باستيلائه على الأبنية وحدها لا يقتضي عدم تركه أرضا أيضا حتى لا يمكن النزول في عرصة داره أيضا . وهذا مع وضوحه كيف خفي على ذلك البعض . والعجب أنه قال في حاشية كتابه في هذا المقام : الرباع جمع ربع وهو الدار بعينها والمحلة والمنزل . كذا في القاموس انتهى . وقال في أصل كتابه : ولا يخفى عليك أن هذا الحديث لا يدل على ميراث الأرض قطعا لاحتمال جريان الإرث على الأبنية دون الأراضي ، ولم يلاحظ أنه على ذلك كيف يتم جواب النبي صلى الله عليه وسلم بقوله « وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور » والله الهادي إلى سواء السبيل . وهو محسن ونعم الوكيل .

(مسائل متفرقة)

(قوله ولا بأس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه ، وصار كتنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل) قال قال صاحب العناية : يعني في فصل القراءة من الصلاة . وقد سبقه صاحب النهاية إلى التفسير بهذا الوجه . أقول : هذا سهو من الشارحين المذكورين لأن المصنف ما ذكره في فصل القراءة من الصلاة لأصريحا ولا التزاما ، بل إنما ذكره في آخر باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها من كتاب الصلاة في فصل أوله : ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء يظهر ذلك بالنظر إلى محله

(مسائل متفرقة)

التعشير : جعل العواشر في المصحف . وهو كتابة العلامة عند منتهى عشر آيات . واختلف في تفسير قوله : جردوا القرآن . فقيل المراد نقط المصاحف فيكون دليلا على كراهة نقط المصاحف . وقيل هو أمر بتعلم القرآن وحده وترك الأحاديث . وقالوا : هذا باطل ، وقيل هو حث على أن لا يتعلم شيء من كتب الله غير القرآن . لأن غيره إنما يؤخذ من اليهود والنصارى وليسوا بمؤمنين عليها . وقوله (وقد ذكرناه من قبل) يعني في فصل القراءة من الصلاة .

مالك : يكره في كل مسجد . للشافعي قوله تعالى - إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا - ولأن الكافر لا يخلو عن جنابة لأنه لا يغتسل اغتسالا يخرج عنه . والجنب يجنب المسجد ، وهذا يحتاج مالك ، والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها . ولنا ما روى « أن النبي عليه الصلاة والسلام أنزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار » ولأن الحديث في اعتقادهم فلا يؤدي إلى تلويث المسجد . والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء أو طائفتين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية . قال (ويكره استخدام الحصيان) لأن الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو مثله محرمة . قال (ولا بأس بخصاء البهائم وإنزاع الحمير على الخيل) لأن في الأول منفعة للبيهة والناس . وقد صحح « أن النبي عليه الصلاة والسلام ركب البغلة » فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبها لما فيه من فتح بابه . قال (ولا بأس بعبادة اليهود والنصراني) لأنه نوع بر

(قوله للشافعي قوله تعالى - إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا -) قال تاج الشريعة في حل دلالة الآية على مدعى الشافعي : خص الله تعالى المسجد الحرام بالذكر فدل على أن النهي عن الدخول خاص في حقه ، لأن « إنما » لحصر الحكم في الشيء أو لخص الشيء في الحكم كقولنا إنما الطبيب زيد وإنما زيد طبيب اه . أقول : إن قوله لأن إنما لخص الحكم في الشيء أو لخص الشيء في الحكم ليس بكلام مفيد هاهنا . لأن الخلاف في أن الكفار هل يجوز لهم أن يدخلوا المسجد الحرام أم لا ، لا في أنهم نجس أم لا . وكلمة إنما في الآية المذكورة إنما هي في قوله تعالى - إنما المشركون نجس - . لا في قوله تعالى - فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا - . فتأثير الحصر الذي تفيد كلمة إنما هو في الجملة التي دخلت عليها كلمة إنما لا في الجملة الأخرى فلا يتم التقريب (قوله ولأن الكافر لا يخلو عن جنابة لأنه لا يغتسل اغتسالا يخرج عنه ، والجنب يجنب المسجد) أقول : لا يذهب عليك أن هذا الدليل أو تم لدل على أن لا يدخل الكافر شيئا من المساجد ، ومذهب الشافعي أنه لا يجوز دخول الكافر المسجد الحرام دون سائر المساجد ، فلم يكن هذا الدليل ملائما لمذهبه . وإنما كان مناسبا لمذهب مالك كما لا يخفى (قوله ولأن الحديث في اعتقادهم فلا يؤدي إلى تلويث المسجد) قال بعض المتأخرين : ظاهره أن هذا دليل آخر ولا وجه له ، فحق التعبير حذف حرف التعليل ليكون إشارة إلى دفع أن يقال كيف أنزلهم في مسجده وقد وصفهم الله تعالى بكونهم أنجاسا انتهى . أقول : لبس ذلك بشيء ، إذ لا شك في صحة أن يكون هذا دليلا آخر عقليا لنا . فإن الحديث إذا كان في اعتقادهم لا يؤدي إلى تلويث المسجد فلا يكون في دخولهم المسجد بأس لا محالة . فقول ذلك البعض ولا وجه له تحكم بحت كما لا يخفى ، وكونه دليلا مستقلا على أصل المدعى لا ينافي أن يتضمن الجواب عن أن يقال : كيف أنزل النبي عليه الصلاة والسلام وفد ثقيف في مسجده وهم كفار وقد وصفهم الله تعالى بكونهم نجسا . كما حكى « أنه عليه الصلاة والسلام لما أنزلهم في مسجده وضرب لهم خيمة ، قالت الصحابة : قوم أنجاس ، فقال عليه الصلاة والسلام ليس على الأرض من أنجاسهم شيء ، وإنما أنجاسهم على أنفسهم » ومن عادة المصنف أنه يجعل كثيرا مما علة النص دليلا مستقلا عقليا على أصل المسئلة إفادة للفائدتين معا ، وما نحن فيه أيضا من ذلك القبيل . نعم يرد على ظاهر هذا الدليل أنه تعليل في مقابلة النص وهو قوله تعالى - فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا - والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على ما عرف في علم الأصول . فأجاب المصنف عنه بقوله والآية محمولة على الحضور استيلاء إلى آخره (قوله ويكره استخدام الحصيان) قال العيني : والحصيان بضم الخاء مع خصى كالثنيان جمع ثني ، وتبعه بعض المتأخرين . أقول : ما ذكره ليس بصحيح ،

وقوله (ولا بأس بعبادة اليهود والنصارى) قيد بهما لأن في عبادة الجورس اختلافا بين المشايخ رحمهم الله ، فمنهم من قال : لا بأس به لأنهم من أهل الذمة ، وهو المروى عن محمد رحمه الله . ومنهم من قال : هم أبعد عن الإسلام من اليهود والنصارى ؛ ألا ترى

(قال المصنف : ولأن الكافر لا يخلو عن جنابة) أقول : هذا لا يخص المسجد الحرام (قال المصنف : والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء) أقول : أي على منعه أن يدخلوها مستولين وعلى أهل الإسلام مستعلين ، وأيضا النهي تكريه لا تنكيت .

في حقهم . وما نهيانا عن ذلك . وقد صح « أن النبي عليه الصلاة والسلام عاد يهوديا مرضى بجواره » . قال (ويكره أن يقول الرجل في دعائه : أسألك بمعقد العز من عرشك) وللمسئلة عبارتان : هذه . ومعقد العز : ولا ريب في كراهية الثانية لأنه من القعود . وكذا الأولى لأنه يومهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا بأس به . وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله لأنه مأثور عن النبي عليه الصلاة والسلام . روى أنه كان من دعائه « اللهم إني أسألك بمعقد العز من عرشك . ومنهبي الرحمة من كتابك . وباسمك الأعظم وجدك الأعلى وكللماتك الثامنة » ولكننا نقول : هذا خبر واحد فكان الاحتياط في الامتناع (ويكره أن يقول الرجل في دعائه بحق فلان أو بحق أنبيائك ورسلك) لأنه لاحق للمخلوق على الخالق . قال (ويكره اللعب بالشطرنج والرد والأربعة عشر وكل هو) لأنه إن قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار . وإن لم يقامر فهو عبث ولهو . وقال عليه الصلاة والسلام « هو المؤمن باطل إلا الثلاث : تأديبه لفرسه . ومناضلته عن قوسه . وملاعبته مع أهله » وقال بعض الناس : يباح اللعب بالشطرنج

فإن المضبوط في عامة المعترات من كتب اللغة أن جمع خصي هو خصبان بكسر الخاء وخصية . قال في مختار الصحاح : والرجل خصي والجمع خصيان بالكسر وخصية انتهى . وأما كون الخصيان بالضم جمع خصي فلم يسمع من أئمة اللغة قط (قوله وكذا الأولى لأنه يومهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث . والله تعالى بجميع صفاته قديم) قال بعض المتأخرين : يرد عليه أن حدوث تعلق صفته تعالى بشيء حادث لا يوجب حدوث تلك الصفة لعدم توقفها على ذلك التعلق : فإن صفة العز ثابتة له تعالى لولا وأبدا . وعدم تعلقه بالعرش الحادث مثلا قبل خلقه لا يستلزم انتفاء عزه ولا نقصانا فيه . كما أن عدم تعلق كمال قدرته بهذا العالم العجيب الصنع قبل خلقه لا يوجب عدم قدرته أو نقصا فيه . وبالحملة التعلقات الحادثة مظاهر للصفات لا مباد لها . فالأولى في تقرير الدليل أن يقال كما قال صاحب الكافي لأنه يومهم تعلق عزه بالعرش وأن عزه حادث . والعز صفته القديمة حيث جعل لزوم كون عزه حادثا داخل في حيز الإيهام إلا أنه علل إيهام أن عزه حادث بتعلقه بالحادث حيث قال : لأنه يومهم تعلق عزه بالعرش وأن عزه حادث لتعلقه بالحادث . والعز صفته القديمة لم يزل موصوفا به ولا يزال موصوفا به انتهى . فكان مدار ما قاله صاحب الكافي أيضا لزوم تعلق عزه بالحادث فلم يكن فرق بينه وبين ما قاله المصنف في ورود ما ذكره ذلك القائل : فلا معنى لقوله فالأولى في تقرير الدليل أن يقال كما قاله صاحب الكافي وإن لم يرد ذلك القائل قول صاحب الكافي لتعلقه بالحادث فكون علة قوله وإن عزه حادث تعلقه بالحديث ظاهر وإن لم يصرح به ، إذ لا شيء يصلح لأن يكون علة له سواء ، وعن هذا ترى كل من بين وجه الكراهة في الدعاء المذكور من مشايخنا جعل المدار لزوم تعلق عزه بالحادث . قال في المحيط : وأما باللفظ الأول فلا أنه يومهم تعلق عزه بالعرش وأن عزه حادث إذ تعلق بالحديث والله تعالى متعال عن صفة الحدوث انتهى . وقال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير : وإن كان من العقد وهو المعروف في هذا الدعاء فإنه يكره أيضا لأنه يومهم تعلق عزه بالعرش وأن عزه حادث إذ تعلق بالحديث والله تعالى عزيز لم يزل موصوفا به ولا يزال موصوفا به انتهى . إلى غير ذلك من عبارات المشايخ العظام في هذا المقام . ثم أقول في الجواب عما أورده ذلك البعض : الظاهر أن ما هربوا عنه هاهنا ليس إيهام مطلق تعلق عزه تعالى بالحديث ، إذ قد تقرر في علم أصول الدين أن ظهور المحدثات كلها وبروزها من كتم العدم إلى دائرة الوجود أنه لا يباح ذبيحة الجوس ونكاحهم بخلاف اليهود والنصارى . واختلفوا في عبادة الفاسق . والأصح أنه لا بأس به لأنه مسلم ، والعبادة من حقوق المسلمين : وكلامه واضح .

(قال المصنف : لأنه إن قامر بها فالميسر حرام بالنص ، وهو اسم لكل قمار ، وإن لم يقامر فهو عبث ولهو) أقول : ولذلك لم يمز لو قال يا مقامر ، لأن أبا يوسف قال في رواية : لا بأس باللعب بالشطرنج ، كذا في المحيط للرخسي في باب التعزير ، وفي صحة التعليل كلام لا يخفى .

لما فيه من تشجيع الخواطر وتذكية الأفهام ، وهو محكى عن الشافعى رحمه الله . لنا قوله عليه الصلاة والسلام « من لعب بالشطرنج والردشير فكأنما نغمس يده في دم الخنزير » ولأنه نوع لعب يصد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عليه الصلاة والسلام « ما أهلك عن ذكر الله فهو ميسر » ثم إن قامر به تسقط عدالته ، وإن لم يقامر لاتسقط لأنه متأول فيه . وكره أبو يوسف ومحمد التسليم عليهم تحذيرا لهم . ولم ير أبو حنيفة رحمه الله به بأسا ليشغلهم عما هم فيه . قال (ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر وإجابة دعوته واستعارة دابته . وتكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير) وهذا استحسان . وفي القياس : كل ذلك باطل ، لأنه تبرع والعبد ليس من أهله . وجه الاستحسان « أنه عليه الصلاة والسلام قبل هدية سلمان رضى الله عنه حين كان عبدا . وقبل هدية بريرة رضى الله عنها وكانت مكاتبة » وأجاب رهط من الصحابة رضى الله عنهم دعوة مولى أبى أسيد وكان عبدا : ولأن في هذه الأشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها ، ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته ، ولا ضرورة في الكسوة وإهداء الدراهم فبقى على أصل القياس . قال (ومن كان في يده لقيط لا أب له فإنه يجوز قبضه الهبة والصدقة له) وأصل هذا أن التصرف على الصغار أنواع ثلاثة : نوع هو من باب الولاية لا يملكه إلا من هو ولى كالإنكاح والشراء والبيع لأموال القنية ، لأن الولي هو الذى قام مقامه بإقامة الشرع . ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه وإجارة الأظفار . وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالأخ والعم والأم والمملوك إذا كان في حجرهم . وإذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي أولى به ، إلا أنه لا يشترط في حق الولي أن يكون الصبي في حجره ، ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض ، فهذا يملكه المملوك والأخ

بحسب تعلق إرادة الله تعالى وقدرته بذلك ، والحدوث إنما هو في التعلقات دون أصل الصفات . ولا نقصان في ذلك أصلا بل هو كمال محض لا يخفى . فكذا الحال في صفة عزه تعالى : وإنما مرادهم بما هربوا عنه إيهام تعلق عزه تعالى بالحدث تعلقا خاصا ، وهو أن يكون ذلك الحدث مبدءا ومنشأ لعزه تعالى كما يوحى كلمة « من » في قوله « بمعد العز من عرشك » إذ الظاهر المتبادر منها في بادئ الرأي أن تكون لا ابتداء الغاية حتى قال بعضهم : إن جميع معاني من راجعة إلى معنى ابتداء الغاية ، ولا شك أن التعلق بالحدث على الوجه الخاص المذكور غير متصور في عزه تعالى ولا في صفة من صفاته تعالى أصلا ، وكيف لا يكون مرادهم هذا ولا محالة أنه لا ينبغي أن يخفى على أساطين الفقهاء ما تقرر في علم أصول الدين من جواز تعلق صفات الله بالحدثات تعلق إفاضة ، ألا ترى أن الحدثات كلها مظاهر صفات الله تعالى ، وإنما الحال تعلق صفة الله تعالى بالحدث تعلق استفاضة منه فهو المهروب عن إيهامه فيما نحن فيه بلا ريب (قوله قال ومن كان في يده لقيط لا أب له فإنه يجوز قبضه الهبة والصدقة له) قال في النهاية : اعلم

قال (ومن كان في يده لقيط لا أب له الخ) ذكر في النهاية أن قوله لا أب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم ، لأنه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها أب فوهب لها أنها لو قبضت أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الأب ، لأنه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه في فتح باب الإصابة من كل وجه : من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز ، فثبت أن عدم الأب ليس بلازم ، كذا ذكره فخر الإسلام رحمه الله ، وأموال القنية ما يكون للنسل لا للتجارة . وقوله (وإجارة الصغار) في أكثر النسخ وهو رواية القدوري رحمه الله ، وفي بعضها : وإجارة الأظفار وكلامه واضح .

والعم والصبي بنفسه إذا كان يعقل ، لأن اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبي فيملك بالعقل والولاية والحجر وصار بمنزلة الإنفاق . قال (ولا يجوز للملتقط أن يؤجره ، ويجوز للأُم أن تؤجر ابنها إذا كان في حجرها ولا يجوز للعم) لأن الأم تملك إتلاف منافعها باستخدامه ، ولا كذلك الملتقط والعم (ولو أجز الصبي نفسه لا يجوز) لأنه مشوب بالضرر (إلا إذا فرغ من العمل) لأن عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤجر نفسه وقد ذكرناه . قال (ويكره أن يجعل الرجل في عنق عبده الراية) ويرون الداية ، وهو طوق الحديد الذي يمنع من أن يحرك رأسه ، وهو معتاد بين الظلمة لأنه عقوبة أهل النار فيكره كالأحراق بالنار (ولا يكره أن يقيد) لأنه سنة المسلمين في السفهاء وأهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا عن إبقائه وصيانته لماله . قال (ولا بأس بالحقنة يريد به التداوى) لأن التداوى مباح بالإجماع ، وقد ورد

أن قوله لا أب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لأنه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها أب فوهب لها أنها لو قبضت أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يتمتع صحة قبض الزوج لها بقيام الأب فإنه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه في فتح باب الإصابة من كل وجه : من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز ، ثبت أن عدم الأب ليس بلازم ، كذا ذكره فخر الإسلام انتهى . وقد أطبقت كلمة سائر الشراح أيضا على أن عدم الأب ليس بلازم في حكم هذه المسئلة ، وإنما هو قيد اتفاق ، وعال ذلك كلهم بما ذكر في كتاب الهبة من أن الصغيرة لو كانت عند زوجها يعولها ولها أب فقبض زوجها الهبة لها فإنه يجوز لكونه نفعا محضا فجاز قبض الهبة لها مع قيام الأب ، غير أن صاحبي الكفاية والعناية ذكراه بطريق النقل عن النهاية ومن عداهما ذكروه من عند أنفسهم . أقول : قول الكل ليس بصحيح عندى ، إذ الثابت مما ذكروه في كتاب الهبة إنما هو أن عدم الأب ليس بلازم في جواز قبض زوج الصغيرة الهبة لها إذا كانت عنده يعولها . لا أن عدم الأب ليس بلازم فيما نحن

وقوله (ولا يجوز للملتقط أن يؤجره) هذا يناقض قوله وإجارة الصغار ظاهرا ففهم من حمله على الرويتين فالأول على رواية القدورى كما مر والثاني على رواية الجامع الصغير . ومنهم من غير لفظ الكتاب إلى لفظ الأظفار كما مر . ومنهم من وفق بينهما فحمل جواز إجارته على ما إذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه في النوع الذى فيه تعدد الضرورة وعدم جوازها على ما إذا لم يكن فيه ضرورة . وقوله (ولا يجوز ذلك للعم) يعنى وإن كان في حجره . وقوله (ولو أجز الصبي نفسه لا يجوز) قال في النهاية : أى لا يلزم . وقوله وقد ذكرناه يعنى في باب إجارة العبد . وقوله (ويكره أن يجعل في عنق عبده الراية) راية الغلام غل يجعل في عنق الغلام علامة يعلم بها أنه آبق . قال في النهاية : وأما الداية بالبدال فغلط ، كذا في المغرب . قالوا : هذا كان في زمانهم عند قلة الإباق ، أما في زماننا فلا بأس به لغلبة الإباق خصوصا في الهند . وقوله (يريد به التداوى) احتراز عما لو أراد به التسمين فإنه لا يباح . وقوله وقد ورد بإباحته : أى بإباحة التداوى ، الحديث . قال صلى الله عليه وسلم « تداووا عباد الله فإن الله تعالى ما خلق داء إلا وقد خلق له دواء ، إلا السام والحرم » والأمر بالتوكل محمول على التوكل عند اكتساب الأسباب ، ثم التوكل بعده على الله تعالى دون الأسباب ، قال الله تعالى لمريم - وهزى إليك بجذع النخلة - مع قدرته على أن يرزقها من غير هز ، كذا ذكره فخر الإسلام رحمه الله .

(قال المصنف ولا يجوز للملتقط أن يؤجره) أقول : ذكر المصنف في باب القيط أن هذه الرواية هي الأصح . وقال أكل الدين : يناقض قوله وإجارة الصغار ظاهرا ، ففهم من حمله على الرويتين ، ومنهم من غير لفظ الكتاب إلى لفظ الأظفار كما مر ، ومنهم من وفق بينهما فحمل جواز إجارته على ما إذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه في النوع الذى فيه تعدد الضرورة وعدم جوازها على ما إذا لم يكن فيه ضرورة انتهى . وقال العلامة الكاكي : أو نقول : المراد بقوله وإجارة الصغار تسليمهم للصناعة حتى يكون من جنس ما لابد للصغار منه انتهى . وقد مر أنه يجوز في كتاب القيط (قوله فالأول على رواية القدورى كما مر) أقول : في كتاب القيط (قوله فالأول احتراز عما لو أراد به التسمين فإنه لا يباح) أقول : سبق من المصنف في فصل الوطء والنظر والمس أنه يجوز الحقنة للهزال الفاحش على ما روى عن أبي يوسف لأنه أمانة المريض ، فإنه يدل على أن المختار تلك الرواية ، ويجوز أن يقال : المراد هاهنا إرادة مجرد السمن بلا قصد التداوى ، وفيما سبق ليس كذلك

بإباحته الحديث . ولا فرق بين الرجال والنساء إلا أنه لا ينبغي أن يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لأن الاستشفاء بالمحرم حرام . قال (ولا بأس برزق القاضي) لأنه عليه الصلاة والسلام بعث عتاب بن أسيد إلى مكة وفرض له ، وبعث عليا إلى اليمن وفرض له « ولأنه محبوس لحق المسامحين فكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال . وهذا لأن الحبس من أسباب النفقة كما في الوصي والمضارب إذا سافر بمال المضاربة . وهذا فيما يكون كفاية ، فإن كان شرطا فهو حرام لأنه استئجار على الطاعة ، إذ القضاء طاعة بل هو أفضلها . ثم القاضي إذا كان فقيرا : فالأفضل بل الواجب الأخذ لأنه لا يمكن إقامة فرض القضاء إلا به . إذ الاشتغال بالكسب يقعه عن إقامته ، وإن كان غنيا فالأفضل الامتناع على ما قيل وفقا لبيت المال . وقيل الأخذ وهو الأصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين . لأنه إذا انقطع زمانا يتعذر إعادته ثم تسميته رزقا يدل على أنه بقدر الكفاية ، وقد جرى الرسم بإعطائه في أول السنة لأن الخراج يؤخذ في أول السنة وهو يعطى منه ، وفي زماننا الخراج يؤخذ في آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ، ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها ، قيل هو على اختلاف معروف في نفقة المرأة إذا

فيه ، وهو جواز قبض المائتة الهبة أو الصدقة للقيط الذي في يده لتحقق الفرق بين زوج الصغيرة وسائر من يعولها في جواز قبض الهبة لها عند وجود الأب كما مر في نفس الكتاب في كتاب الهبة متصلا بالمسئلة التي استشهدوا بها حيث قال : وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها بعد الزفاف لتفويض الأب أمورها إليه دلالة ، بخلاف ما قبل الزفاف ويملك مع حضرة الأب ، بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح ، لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب ومع حضرة الأب لا ضرورة انتهى تأمل ترشد . وقال بعض المتأخرين : وقوله لا أب له : أي لا أب له معروف لا أن لا يكون أبوه حيا ، وهو بيان للواقع فإن القيط لا يكون إلا كذلك لأنه في الشرع مولود طرحة أهله في الطريق خوفا من العيلة أو فرارا من التهمة فلا يكون له أب معروف . فلا وجه لما قاله صاحب النهاية من أن قوله لا أب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم ، لأنه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لما زوج هي عنده يعولها ولها أب فوهب لها أنها أو قبضت أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز ، فلم يمنع صحة قبض الزوج لها بقيام الأب . وذلك لأن وضع المسئلة في القيط لا في الصغير مطلقا . إلى هنا كلامه . أقول : ليس هذا أيضا بصحيح ، فإن مداره الغفول عما تقرر في كتاب القيط من أنه إذا ادعاه مدع أنه ابنه يقبل قوله ويثبت نسبه منه فجاز أن يظهر له أب بعد الالتقاط فيصير كسائر الصغار الذين لهم أب فيتمشى ما ذكره صاحب العناية وغيره من جواز قبض الزوج له بقيام الأب فيما إذا كانت صغيرة مزوجة وكانت عند زوجها يعولها . فلا وجه لنفي وجه ما قاله صاحب

وقوله (إلا أنه لا ينبغي أن يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لأن الاستشفاء بالمحرم حرام) قيل إذا لم يعلم أن فيه شفاء فإن علم أن فيه شفاء وليس له دواء آخر غيره يجوز له الاستشفاء به . ومع قول ابن مسعود رضي الله عنه : إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم . يحتمل أن عبد الله قال ذلك في داء عرف له دواء غير المحرم ، لأنه يستغنى بالحلال عن الحرام . ويجوز أن يقال : تنكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالحرام وإنما يكون بالحلال . قال (ولا بأس برزق القاضي الخ) إذا قلد السلطان رجلا القضاء لأبأس أن يعين له رزقا بطريق الكفاية لا أن يشترط ذلك في ابتداء التقليد (لأن النبي عليه الصلاة والسلام بعث عتاب بن أسيد رضي الله عنه إلى مكة وفرض له أربعين أوقية في السنة » والأوقية بالتشديد أربعون درهما . وتكلموا في أنه صلى الله عليه وسلم من أتى مال رزقه ولم تكن يومئذ الدواوين ولا بيت المال ، فإن الدواوين وضعت في زمن عمر رضي الله عنه ، فقيل إنما رزقه من النبي ، وقيل من المال الذي أخذه من نصارى نجران ومن الجزية التي أخذها من مجوس هجر . وقوله (على اختلاف معروف في نفقة المرأة) يعني على قول محمد رحمه الله يجب رد حصة ما بقي من السنة ، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله لا يجب . قاسوا على نفقة الزوجة إذا

مانت في السنة بعد استعجال نفقة السنة . والأصح أنه يجب الرد . قال (ولا بأس بأن تسافر الأمة وأم الولد بغير محرم) لأن الأجانب في حق الإماء فيما يرجع إلى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل ، وأم الولد أمة لقيام الملك فيها وإن امتنع بيعها .

(كتاب إحياء الموات)

النهاية بناء على أن وضع المسئلة في اللقيط لافي الصغار مطلقا ، ولا معنى لحمل قوله لا أب له في مسئلة الجامع الصغير على بيان الواقع بأن يكون المراد لا أب له معروف لا أن لا يكون له أب في الحياة ، لأنه إن كان المراد لا أب له معروف حين الالتقاط فهذا مع كونه بعيدا من اللفظ جدا لاحتياجه إلى التقييد مرتين يصير بمنزلة اللغو من الكلام في هذا المقام لا يليق بشأن الإمام الرباني محمد ذلك اخمام . وإن كان المراد لا أب له معروف أصلا : أي لا حين الالتقاط ولا بعده فلا يصح أن يكون بيانا للواقع : إذ لا يلزم أن لا يكون اللقيط إلا كذلك فإنه قد يكون له أب معروف بعد الالتقاط بأن ادعى أحد أنه ابنه وشاع ذلك فإنه مقبول في الشرع كما مر . ولا فرق بينه وبين سائر الأولاد الذين يحتاج ثبوت نسبهم إلى دعوة الأب كما في المولود من أمته . فالحق عندي أن قوله لا أب له قيد احترازي عن اللقيط الذي كان له أب حاضر فإنه لا يجوز من كان في يده مثل ذلك اللقيط أن يقبض الهبة أو الصدقة له على موجب ما مر في كتاب الهبة من أن زوج الصغيرة يملك قبض الهبة لها بعد الزفاف مع حضرة الأب لتفويض الأب أمورها إليه دلالة . بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح ، لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا تفويض الأب . ومع حضرة الأب لا ضرورة انتهى . إذ لا شك أن الملتقط داخل في كلية قوله وكل من يعولها غيرها . فلزم أن لا يملك قبض الهبة للصغيرة التي كانت في يده وعوله كما لا يخفى فتبصر . والله الموفق للصواب .

(كتاب إحياء الموات)

قال جمهور الشراح : مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن تكون من حيث أن في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره انتهى . وقال الشارح العيني بعد نقل قولهم المذكور : وهذا ليس بشيء . لأنه قل كتاب من الكتب يخلو عما يكره وما لا يكره انتهى . أقول : بل ما ذكره نفسه في الرد عليهم ليس بشيء . لأن ما ذكرنا في ترتيب الكتب السابقة واللاحقة من المناسبات ملحوظة فيما ذكرنا هاهنا من المناسبة بين هذا الكتاب وكتاب الكراهية . ولا ريب أن الحيشية المذكورة هاهنا مع ملاحظة تلك المناسبات تقتضي ذكر هذا الكتاب عقيب كتاب الكراهية دون غيره . إذ لو غير ذلك لفات بعض من المناسبات السابقة

استعجلت نفقة السنة فمات الزوج في نصف السنة ردت نفقة ما بقي عند محمد خلافا لأبي يوسف . وقوله (ولا بأس أن تسافر الأمة إلى آخره) قيل هذا كان في الابتداء . أما الآن فيكره ذلك لغلبة أهل القسوق . وقوله (على ما ذكرنا من قبل) إشارة إلى ما ذكر من قبل فصل الاستبراء بقوله وأما الخلوة بها والمسافرة فقد قيل يباح كما في المحارم .

(كتاب إحياء الموات)

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن تكون من حيث أن في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره ، ومن محاسنه

(كتاب إحياء الموات)

قال (الموات ما لا ينتفع به من الأراضي لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة) سمي بذلك لبطلان الانتفاع به . قال (فما كان منها عاديا لأمالك له أو كان مملوكا في الإسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث إذا وقف لإنسان من أقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات) قال رضى الله عنه : هكذا ذكره القدورى ، ومعنى العادى ما قدم خرابه . والروى عن محمد رحمه الله أنه يشترط أن لا يكون مملوكا لمسلم أو ذى مع انقطاع الارتفاق بها ليكون ميتة مطلقا ، فأما التى هى مملوكة لمسلم أو ذى لا تكون مواتا ، وإذا لم يعرف مالكة يكون لجماعة المسلمين ، ولو ظهر له مالك يرد عليه ويضمن الزارع نقصانها ، والبعد عن القرية على ما قال شرطه أبو يوسف ، لأن الظاهر أن ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه فيدار الحكم عليه . ومحمد رحمه الله اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة وإن كان قريبا من القرية . كذا ذكره الإمام المعروف بخواهر زاده رحمه الله ، وشمس الأئمة السرخسى

أو اللاحقة وليكن هذا المعنى على ذكر منك فإنه ينفعك في مواضع شتى (قوله الموات ما لا ينتفع به من الأراضي لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة) قال بعض الفضلاء : هذا تعريف بالأعم لصدقه على ماله مالك معروف ، لكن لا ينتفع به لأحد الأمور المذكورة ، ولك أن تقول : هذا تفسير المعنى اللغوى انتهى . أقول : توجهه الذى ذكره بقوله ولك أن تقول إلى آخره ليس بنام . فإن قيد أن لا يكون له مالك معتبر في معناه اللغوى أيضا . قال في الصحاح : والموات بالفتح ما لا روح فيه . والموات أيضا الأرض التى لا مالك لها من الآدميين ولا ينتفع بها أحد انتهى . وقال في القاموس : والموات كغراب الموت وكسحاب ما لا روح فيه وأرض لا مالك لها انتهى . فعلى تقدير أن يحمل ما في الكتاب على تفسير المعنى اللغوى يكون تفسيرا بالأعم أيضا . لا يقال : أصل المعنى اللغوى للموات ما لا روح فيه . والذى ذكره في الصحاح والقاموس ثانيا هو معناه العرفى أو الشرعى فلم يكن قيد أن لا يكون له مالك معتبرا في معناه اللغوى . لأننا نقول : الظاهر المتبادر من أن يذكر معنى اللفظ في كتب اللغة بلا إضافة إلى العرف أو الشرع أن يكون ذلك المعنى معناه اللغوى ، سيما من قيد أيضا في قوله في الصحاح : والموات أيضا الأرض التى لا مالك لها . وإن لم يكن الأمر كذلك فيما نحن فيه بل كان معناه اللغوى هو الذى ذكر أولا ، فلا شك أن ما لا روح

التسبب للمخصب في أوقات الأنام ومشروعيته بقوله صلى الله عليه وسلم « من أحيا أرضا ميتة فهى له » وشروطه ستذكر في أثناء الكلام . وسببه يتعلق البقاء المقدركا مر غير مرة . وحكمه تملك المحي ما أحياه . قال (الموات ما لا ينتفع به من الأراضي) شبه ما لا ينتفع به من الأراضي لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك بأن غلب عليه الرمال أو صار سبعة بالميت من الحيوان الذى بطلت منافعه فسمى مواتا . وإحياءه عبارة عن جعله بحيث ينتفع به . قوله (فما كان منها عاديا) ليس المراد به ما يقتضيه ظاهر لفظه من أن يكون منسوباً إلى عاد ، لأن عاد لم يملك جميع أراضي الموات . ولكن مراده ما قدم خرابه كما ذكر في الكتاب . وقوله (أو كان مملوكا في الإسلام لا يعرف له مالك بعينه) قول بعض المشايخ رحمهم الله . وقال بعضهم : الأراضي المملوكة إذا انقرض أهلها فهى كاللقطة . وقوله (وإذا لم يعرف مالكة) من تنمة قول محمد رحمه الله . وقوله (فيدار الحكم عليه) أى على القرب

(قال المصنف : الموات ما لا ينتفع به من الأراضي) أقول : تعريف بالأعم لصدقه على ماله مالك معروف لكن لا ينتفع به لأحد الأمور المذكورة ، ولك أن تقول : هذا تفسير المعنى اللغوى (قال المصنف : ومعنى العادى ما قدم خرابه) أقول : لأن يكون منسوباً إلى عاد ، وينسب كل أثر قديم إليهم لتقدمهم . قال عليه الصلاة والسلام « عادى الأرض لله ورسوله ، ثم هو يعد منى لكم » رواه سعيد بن منصور وأبو عبيد ، كذا في شرح الكاكى ، وفي كلامه تناقض ظاهر . والظاهر أن مراده من قوله لأن يكون منسوباً إلى عاد انتساب الملكية (قوله فيدار الحكم عليه : أى على القرب) أقول : أى القرب مرجع لتفسير عليه حكى : أى مذكور حكما لانتهامه من قوله قريبا ، كقوله تعالى - عدلوا هو أقرب للتقوى - .

رحمه الله اعتمد على ما اختاره أبو يوسف رحمه الله (ثم من أحياه بإذن الإمام ملكه ، وإن أحياه بغير إذنه لم يملكه عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : يملكه) لقوله عليه الصلاة والسلام « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » ولأنه مال مباح سبقت يده إليه فيملكه كما في الخطب والصيد . ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام « ليس للمرء إلا ما طابت نفس إمامه به » وما روياه يحتمل أنه إذن لقوم لانصب لشرع ، ولأنه مغنوم لو صوله إلى يد المسلمين بإيجاف الخيل والركاب فليس لأحد أن يختص به بدون إذن الإمام كما في سائر

فيه أعم من الأرض التي لا ينتفع بها بل من مطلق الأرض : فعلى تقدير أن يحمل ما في الكتاب على تعريف المعنى اللغوي يكون تعريفاً بالأخص ، وهو ليس بأقل قبحا من التعريف بالأعم ، وهذا الذي ذكرنا يظهر أنه يشكل أيضاً ما ذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية في شرح هذا المقام حيث قالوا : قوله الموات ما لا ينتفع به من الأرض تحديد لغوي ، وزيد عليه في الشرع أشياء أخر بيّنها في قوله فما كان عادياً لأمالك له أو كان مملوكاً في الإسلام لا يعرف لصلالك بعينه وهو بعيد من القرية . بحيث إذا وقف إنسان في أقصى العامر فصاح لسمع صوته فهو موات انتهى . تأمل تقف (قوله ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « ليس للمرء إلا ما طابت نفس إمامه به ») أقول : لقائل أن يقول : إن اعتبر عموم هذا الحديث يلزم أن لا يملك أحد شيئاً من الأملاك بغير إذن الإمام مع ظهور خلافه ، إذ لا شك أن كل أحد يستبد في التملك بالبيع والإجارة والهبة والإرث والوصية ونحوها من أسباب الملك من غير توقف على إذن الإمام وإن لم يعتبر عمومه لآيتم المطلوب هاهنا . فإن قلت : عمومها غير معتبر بل هو مختص بما يحتاج فيه إلى رأى الإمام . وما ذكرنا من أسباب الملك لا يحتاج فيه إلى رأى الإمام . بخلاف ما نحن فيه . قلت : كون التملك فيها نحن فيه مما يحتاج فيه إلى رأى الإمام أول المسئلة فيلزم المصادرة على المطلوب (قوله وما روياه يحتمل أنه إذن لقوم لانصب لشرع) تقريره : أن المشروعات على نوعين : أحدهما نصب الشرع ، والآخر إذن بالشرع . فالأول كقوله عليه الصلاة والسلام « من قاء أو رعى في صلاته فلينصرف » والآخر كقوله عليه الصلاة والسلام : « من قتل قتيلاً فله سلبه » أى للإمام ولاية أن يأذن للغازي بهذا القول فكان ذلك من النبي صلى الله عليه وسلم إذنا لقوم معينين وتحريضاً على القتال لانصب لشرع ، فكذلك في يومنا هذا من قتل قتيلاً لا يكون سلبه له إلا أن يأذن الإمام به . فيجوز أن يكون قوله عليه الصلاة والسلام « من أحيا أرضاً ميتة فهي له من ذلك القبيل » وحاصله أن ذلك الحديث يحتمل التأويل . وما ذكره أبو حنيفة رحمه الله مفسر لا يقبل التأويل فكان راجحاً ، كذا في العناية وغيرها قال تاج الشريعة : فإن قلت : ما رواه عام خص منه الخطب والحشيش . وما روياه لم يخص فيكون العمل به أولى . قلت : ما ذكر لي بأن أنه لا يجوز الاقنيات على رأى الإمام والخطب والحشيش لا يحتاج فيهما إلى رأى الإمام فلم يتناولهما عموم الحديث فلم يصرف بخصوصاً ، والأرض مما يحتاج فيها إلى رأى الإمام لأنها صارت من الغنائم بإيجاف الخيل وإيضاع الركاب كسائر الأموال فكان ما قلنا أولى انتهى . واقفى أثره صاحب الكفاية والعيني . أقول : كل من السؤال والجواب ليس بسديد . أما الأول فلأن كون ما رواه عاماً خص منه الخطب والحشيش إنما يقتضى كون العمل بما روياه أولى لكونه مما لم يخص أن لو خص الخطب والحشيش مما رواه بكلام موصول به ، إذ يصير العام الذى خص منه البعض حينئذ ظنياً كما عرف في علم الأصول . وأما إذا خص الخطب

مرجع حكمي يفهم من قوله قريباً . وقوله (ثم من أحياه) واضح . وقوله (وما روياه يحتمل أنه إذن لقوم لانصب لشرع) تقريره أن المشروعات على نوعين : أحدهما نصب الشرع ، والآخر إذن بالشرع . فالأول كقوله صلى الله عليه وسلم « من قاء أو رعى في صلاته فلينصرف » والآخر كقوله صلى الله عليه وسلم « من قتل قتيلاً فله سلبه » أى للإمام أن يأذن للغازي بهذا القول ، فكان ذلك منه عليه الصلاة والسلام إذنا لقوم معينين ، فيجوز أن يكون قوله عليه الصلاة والسلام « من أحيا أرضاً ميتة فهي له من ذلك القبيل » . وحاصله أن ذلك يحتمل التأويل ، وما ذكره أبو حنيفة رحمه الله مفسر لا يقبله فكان راجحاً ، وفيه وجه آخر وهو أن قوله عليه الصلاة والسلام « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » يدل على السبب فإن الحكم إذا ترتب على مشتق دل على المشتق منه لذلك الحكم ، وليس فيه ما يمنع كونه مشروطاً بإذن الإمام . وقوله عليه الصلاة والسلام « ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه »

الغنائم . ويجب فيه العشر . لأن ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز إلا إذا سقاه بماء الخراج . لأنه حينئذ يكون إبقاء الخراج على اعتبار الماء . فلو أحيها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل الثاني أحق بها . لأن الأول ملك استغلالها لا رقيتها ، فإذا تركها كان الثاني أحق بها . والأصح أن الأول ينزعها من الثاني لأنه ملكها بالإحياء على ما نطق به الحديث ، إذ الإضافة فيه بلام التملك وملكه لا يزول بالترك . ومن أحيأ أرضاً ميتة ثم أحاط بالإحياء بجوانبها الأربعة من أربعة نفر على التعاقب ، فعن محمد أن طريق الأول في الأرض الرابعة لتعينها لتطرقه وقصد الرابع لإبطال حقه . قال (ويملك الذمي بالإحياء كما يملكه المسلم) لأن الإحياء سبب الملك . إلا أن عند أبي حنيفة رحمه الله إذن الإمام من شرطه فيستويان فيه كما في سائر أسباب الملك حتى الاستيلاء على أصنامنا

والحشيش من ذلك بما هو مفصول عنه فلا يلزم أولوية العمل بما روياه ، إذ يصير العام حينئذ منسوخاً في القدر الذي تناوله الخاص ويصير قطعاً في الباقي كسائر القطعيات كما تقرر في علم الأصول أيضاً ، ولا شك أن تخصيص الخطب والحشيش مما رواه ليس بكلام موصول به ، بل إنما هو دليل آخر مفصول عنه . وأما الثاني فلأن كون الأرض مطلقاً مما يحتاج فيه إلى رأي الإمام أول المسئلة لم يقل به الإمامان في الأرض الموات ، فبناء الجواب عليه يؤدى إلى المصادرة . فإن قيل : إنما يؤدى إلى المصادرة لو لم يدل عليه بقوله لأنها صارت من الغنائم الخ . قلنا : كونها من الغنائم دليل آخر عقلى لأبي حنيفة مذكور في الكتاب بعده ، والكلام الآن في تمشية الدليل النقلى ، فبالصير إلى ذلك الدليل العقلى هنا يلزم خلط الدليلين ولا يخفى ما فيه (قوله يجب فيه العشر لأن ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز) أقول : في هذا التعليل شيء ، وهو أنه سيجنى في الكتاب أن المسلم والذمي مستويان في حكم إحياء الأرض الموات ، والتعليل المذكور إنما يتمشى في حق المسلم دون الذي فتأمل (قوله والأصح أن الأول ينزعها من الثاني لأنه ملكها بالإحياء على ما نطق به الحديث . إذ الإضافة فيه بلام التملك وملكه لا يزول بالترك) قال في العناية : ولقائل أن يقول : الاستدلال بهذا الحديث على مذهبهما صحيح . وأما على مذهب أبي حنيفة ففيه نظر . لأنه حمله على كونه إذا لا شرعاً فكيف يصح الاستدلال به . والجواب أنه وإن كان إذا لكنه إذا أذن له الإمام كان شرعاً ، ألا يرى أن من قال له الإمام من قتل قتلاً فله سلبه ملك سلب من قتله انتهى . واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال : فيه بحث ، فيبينها فرق لوجود دلالة التملك في لفظ الإمام هنا ، بخلاف الإذن في الإحياء فإنه لا يلزم أن يكون بلفظ التملك انتهى . أقول : الفرق الذي ذكره ليس بتمام ، لأن لام التملك مذكورة في كل من الحديثين الواردين في المقامين ، فإذا كان كل منهما محمولاً على الإذن فجعل وجود لفظ التملك

يدل على ذلك . وقوله (والأصح أن الأول ينزعها من الثاني) بيانه أن المشايخ رحمهم الله اختلفوا في أن إحياء الموات يثبت ملك الاستغلال أو ملك الرقبة ، فذهب بعضهم منهم الفقيه أبو القاسم أحمد البلخي رحمه الله إلى الأول قياساً على من جلس في موضع مباح فإن له الانتفاع به . فإذا قام عنه وأعرض بطل حقه . وعامتهم إلى الثاني استدلالاً بالحديث . فإنه أضاف بلام التملك في قوله فهم له وملكه لا يزول بالترك . ولقائل أن يقول : الاستدلال بهذا الحديث على مذهبهما صحيح ، وأما على مذهب أبي حنيفة ففيه نظر ، لأنه حمله على كونه إذا لا شرعاً فكيف يصح الاستدلال به . والجواب أنه وإن كان إذا لكنه إذا أذن له الإمام كان شرعاً ، ألا ترى أن من قال له الإمام من قتل قتلاً فله سلبه ملك سلب من قتله . وقوله (لتعينها لتطرقه) لأنه حين سكنت عن الأول والثاني والثالث صار الباقي طريقاً له ، فإذا أحياه الرابع فقد أحيأ طريقه من حيث المعنى فيكون له فيه طريق . قال (ويملك الذمي بالإحياء) المسلم والذمي في تملك ما أحيأه سواء لاستوائهما في السبب ، والاستواء في السبب يوجب الاستواء في الحكم كما في سائر

(قوله وأما على مذهب أبي حنيفة ففيه نظر ، لأنه حمله على كونه إذا) أقول : لم يحمل عليه ، بل قال : يحتمل أن يكون إذا ، لكن الاحتمال كاف في إيراد السؤال (قوله لكنه إذا أذن له الإمام كان شرعاً) ألا يرى أن من قال له الإمام : من قتل قتلاً فله سلبه ، ملك سلب من قتله) أقول : فيه بحث ، فيبينها فرق لوجود دلالة التملك في لفظ الإمام هنا ، بخلاف الإذن في الإحياء فإنه لا يلزم أن يكون بلفظ التملك .

قال (ومن حجر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الإمام ودفعها إلى غيره) لأن الدفع إلى الأول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر أو الحراج . فإذا لم تحصل يدفع إلى غيره تحصيلاً للمقصود ، ولأن التحجير ليس بإحياء لئلا يملكه به . لأن الإحياء إنما هو العمارة والتحجير الإعلام ، سمي به لأنهم كانوا يعلمونه بوضع الأحجار حوله أو يعلمونه لحجر غيرهم عن إحيائه فبقى غير مملوك كما كان هو الصحيح . وإنما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضى الله عنه : ليس لمتحجير بعد ثلاث سنين حق . ولأنه إذا أعلمه لابد من زمان يرجع فيه إلى وطنه وزمان يهين أموره فيه ثم زمان يرجع فيه إلى ما يحجره فقدرناه بثلاث سنين ، لأن ما دونها من الساعات والأيام والشهور لا يفي بذلك . وإذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر أنه تركها . قالوا : هذا كله ديانة ، فأما إذا أحيها غيره قبل مضي هذه المدة ملكها لتحقق الإحياء منه دون الأول وصار كالاستيلاء فإنه يكره ، ولو فعل يجوز العقد . ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بأن غرز حولها أغصانا يابسة أو نقي الأرض وأحرق ما فيها من الشوك أو خضد ما فيها من الحشيش أو الشوك وجعلها حولها

شرطاً في إذن الإمام في أحد المقامين دون الآخر تحكم بحث لم يسمع ذلك من أئمة الشرع (قوله ومن حجر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الإمام ودفعها إلى غيره) والأصل في ذلك أن المشايخ اختلفوا في كون التحجير مفيداً للملك . فذهب من قال يفيد ملكاً مؤقتاً إلى ثلاث سنين ، ومنهم من قال لا يفيد . وهو مختار المصنف أشار إليه بقوله هو الصحيح . قيل وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا جاء إنسان آخر قبل مضي ثلاث سنين وأحياه . فإنه ملكه على الثاني ولم يملكه على الأول . وجه الأول ما روى عن عمر رضى الله عنه : ليس لمتحجير حق بعد ثلاث سنين . نفي الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق في ثلاث سنين ، والمطلق ينصرف إلى الكامل ، والحق الكامل هو الملك ، ووجه الصحيح ما ذكر في الكتاب . والجواب عن استدلالهم أن ذلك مفهوم وهو ليس بحجة . كذا في العناية . وأورد عليه بعض الفضلاء وأجاب حيث قال : وأنت خبير بأن المصنف استدلل على الترك ثلاث سنين بهذا الطريق . وجوابه أن ثبوت الحق ليس بالحديث بل بالإجماع انتهى . أقول : جوابه ليس بسديد . إذ لو لم يكن ثبوت الحق في ثلاث سنين بالحديث بل بالإجماع لما قال المصنف وإنما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضى الله عنه : ليس لمتحجير بعد ثلاث سنين حق . فإن حاصله الاستدلال بمفهوم الحديث المذكور على ثبوت حق المتحجير قبل ثلاث سنين ، إذ هو مقتضى اشتراط ترك ثلاث سنين ، ومدار ما أورده على أن استدلال المصنف بمفهوم ذلك الحديث ليس بتام لعدم كون المفهوم حجة عندنا فلا يدفعه الجواب المزبور (قوله لأن الدفع إلى الأول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر أو الحراج . فإذا لم تحصل يدفعه إلى غيره تحصيلاً للمقصود) أقول : لقاتل أن يقول : لو تم هذا التعليل لاقتضى أن يأخذها الإمام ويدفعها إلى الغير بعد الإحياء أيضاً إذا لم يزرعها ثلاث سنين تحصيلاً لمنفعة المسلمين من حيث العشر أو الحراج وتخليصاً لها عن التعطيل . فإن قلت : يملكها الإنسان بالإحياء ولا يملكها بمجرد التحجير بل يصير أحق بالتصرف فيها من الغير . والإمام لا يقدر أن يدفع مملوك أحد إلى غيره لانتفاع المسلمين ويقدر أن يدفع غير مملوك اليد لذلك . قلت : فحينئذ يلزم المصير إلى التعليل الثاني الذي ذكره بقوله ولأن التحجير ليس

أسباب الملك حتى الاستيلاء ، فإن الكافر يملك مال المسلم بالاستيلاء على أصلنا كالمسلمين (قوله ومن حجر أرضا) يجوز أن يكون من الحجر بفتح الجيم وسكونه ، ومعنى الأول أعلم بوضع الأحجار حوله لأنهم كانوا يفعلون ذلك . ومعنى الثاني أعلم بحجر الغير عن إحيائها فكان التحجير هو الإعلام . فإذا حجر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الإمام ودفعها إلى غيره . والأصل في ذلك أن المشايخ رحمهم الله اختلفوا في كونه مفيداً للملك ، فذهب من قال : يفيد ملكاً مؤقتاً إلى ثلاث سنين . وقيل لا يفيد وهو مختار المصنف رحمه الله ، أشار إليه بقوله (هو الصحيح) قيل وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا جاء إنسان آخر قبل مضي ثلاث سنين وأحياه ، فإنه ملكه على الثاني ولم يملكه على الأول . وجه الأول ما روى عن عمر رضى الله عنه : ليس لمتحجير حق بعد

وجعل الثراب عليها من غير أن يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول ، أو حفر من بئر ذراعا أو ذراعين ، وفي الأخير ورد الخبر . ولو كبرها وسقاها فعن محمد أنه إحياء . ولو فعل أحدهما يكون تحجيرا ، ولو حفر أنهارها ولم يسقها يكون تحجيرا . وإن سقاها مع حفر الأنهار كان إحياء لوجود الفعلين . ولو حوطها أو ستمها بحيث يعصم الماء يكون إحياء لأنه من جملة البناء . وكذا إذا بذرها . قال (ولا يجوز إحياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لأهل القرية . وطرحا لحصائدهم) لتحقيق حاجتهم إليها حقيقة أو دلالة على ما بيناه . فلا يكون مواتا لمتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر . وعلى هذا قالوا : لا يجوز للإمام أن يقطع مالا غنى بالمسلمين عنه كالمالح والآبار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا . قال (ومن حفر بئرا في بركة فله حريمها) ومعناه إذا حفر في أرض موات بإذن الإمام عنده أو بإذنه وبغير إذنه عندهما لأن حفر البئر إحياء . قال (فإن كانت للعطن فحريمها أربعون ذراعا) لقوله عليه الصلاة والسلام « من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا عطنا لما شئته » ثم قيل : الأربعون من كل الجوانب . والصحيح أنه من كل جانب . لأن في الأراضي رخوة ويتحول الماء

إحياء نيلكم به فلا يكون التعليل الأول مفيدا للمدعى بدون الثاني مع أن أسلوب تحرير دأبى ذلك كما ترى (قوله لتحقيق حاجتهم إليها حقيقة أو دلالة على ما بيناه) قال عامة الشراح في حل هذا التعليل : لتحقيق حاجتهم إليها حقيقة : أى عند محمد رحمه الله . أو دلالة : أى عند أبى يوسف رحمه الله . وقال صاحب معراج الدراية بعد نقل ذلك : أراد بقوله على ما بيناه قوله ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة الخ . واقتنى أثره صاحب العناية والشارح العنى . أقول : لم يصب هؤلاء الثلاثة من الشراح في حملهم مراد المصنف بقوله على ما بيناه على ما ذكرنا . إذ الظاهر أن مراد المصنف بقوله المزبور مجموع ما ذكره في « ر » بقوله والبعد عن القرية على ما قال شرطه أبو يوسف ، لأن الظاهر أن ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة وإن كان قريبا من القرية انتهى . إذ يصير قوله على ما بيناه حينئذ ناظرا إلى مجموع قوله لتحقيق حاجتهم إليها حقيقة أو دلالة فيحسن . وأما على ما ذكره هؤلاء الشراح فيصير قوله المزبور ناظرا إلى قوله لتحقيق حاجتهم إليها حقيقة فقط ، ولا يتحقق ما فيه من الركابة . أما أولا فلأنه كان ينبغي إذ ذاك أن يقدم قوله على ما بيناه على قوله أو دلالة كما لا يشبهه على ذى فطرة سليمة . وأما ثانيا فلأنه يلزم حينئذ أن يقصر حوالة البيان على صورة حقيقة الحاجة إليها مع مرور بيان صورة دلالة الحاجة إليها أيضا . وذلك مما لا ضرورة فيه بل لا وجه له (قوله لأن في الأراضي رخوة ويتحول الماء

ثلاث سنين نفي الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق في ثلاث سنين ، والمطلق ينصرف إلى الكامل ، والحق الكامل هو الملك . ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب ، والجواب عن استدلالهم أن ذلك مفهوم وهو ليس بحجة . وقوله (من غير أن يتم المسناة) هو ما بينى للسيل ليرد الماء . وقوله (وفي الأخير) يريد حفر البئر (ورد الخبر) وهو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من حفر بئرا مقدار ذراع فهو متحجر » . وقوله (لتحقيق حاجتهم إليها حقيقة) يعنى عند محمد رحمه الله (أو دلالة) عند أبى يوسف رحمه الله . وقوله (على ما بيناه) إشارة إلى قوله ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة الخ . وقوله (لا يجوز أن يقطع الإمام) يقال أقطع السلطان رجلا أرضا : أى أعطاه إياها وخصصه بها . وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لتحقيق حاجتهم إليها . العطن : مناخ الإبل ومبركها . قوله (قيل الأربعون من كل الجوانب) يعنى يكون في كل جانب عشرة أذرع لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم « من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا عطنا لما شئته » فإنه بظاهره يجمع الجوانب الأربع . والصحيح أنه من كل جانب ، لأن المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البئر الأولى كى لا يحفر بحرمة أحد بئرا أخرى فيتحول إليها

(قوله والجواب عن استدلالهم أن ذلك مفهوم ، وهو ليس بحجة) أقول : وأنت خير بأن المصنف استدلل على ترك ثلاث سنين بهذا الطريق . وجوابه أن ثبوت الحق ليس بالحديث بل بالإجماع .

إلى ما حفر دونها (وإن كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا : وهذا عندهما : وعند أبي حنيفة أربعون ذراعا)
لهما قوله عليه الصلاة والسلام « حريم العين خمسمائة ذراع . وحريم بئر العطن أربعون ذراعا . وحريم بئر
الناضح ستون ذراعا » ولأنه قد يحتاج فيه إلى أن يسير دابته للاستقاء ، وقد يطول الرشاء وبئر العطن للاستقاء
منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت . وله ما روينا من غير فصل ، والعام المتفق على قبوله والعمل به

إلى ما حفر دونها (أقول : كان الظاهر أن يقال : فيتحول الماء بالقاء ، لأن سبب تحول الماء إلى ما حفر دونها إنما هو رخوة
الأراضي لا غير : إذ لو كانت فيها صلابة لم يتحول الماء إلى ما حفر دونها قطعاً فلا بد من أداة التفرغ . ثم أقول : لقائل أن
يقول : إن هذا التعليل لتعليل في مقابلة النص : لأن قوله عليه الصلاة والسلام « من حفر بئراً فله مما حولها أربعون ذراعا » ظاهر
في كون الأربعين من كل الجوانب الأربعة ، على أن يكون من كل جانب عشرة أذرع كما صرح به في الكافي وعامة الشروح ،
وقد تقرر في علم الأصول أن التعليل في مقابلة النص غير صحيح ، فكيف يتم الاستدلال بما ذكره على كون الصحيح أنه من كل
جانب . ويمكن الجواب بأن المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البئر ، والضرر لا يندفع عنه بعشرة أذرع من كل جانب ،
فلو لم يكن الأربعون من كل جانب لزمه الحرج وهو مدفوع بالنص ، فكان مآل هذا التعليل هو الاستدلال بالنص الدال على دفع
الحرج ، وقد اكتفى فيه بما يدل على لزوم الضرر المؤدى إلى الحرج ، ويرشدك إليه تقرير صاحب الكافي هاهنا حيث قال :
والصحيح أن المراد به أربعون ذراعا من كل الجوانب ، لأن المقصود دفع الضرر عن صاحب البئر الأول لكي لا يخفر أحد في حريمه
بئراً أخرى فيتحول إليها ماء بئر ، وهذا الضرر لا يندفع بعشرة أذرع من كل جانب ، فإن الأراضي تختلف صلابة ورخاوة ،
فربما يخفر بحريمه أحد بئراً أخرى فيتحول ماء البئر الأولى إليه فيتعطل عليه مشقة بئر ، وفي مقدار أربعين ذراعا من كل جانب
يندفع هذا الضرر بيقين انتهى فتدبر (قوله وله ما روينا من غير فصل : والعام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف
في قبوله والعمل به) يريد بقوله ما روينا قوله عليه الصلاة والسلام « من حفر بئراً فله مما حولها أربعون ذراعا » وبقوله من غير
فصل : أي من غير فصل بين العطن والناضح ، ويريد بالعام المتفق على قبوله والعمل به قوله عليه الصلاة والسلام « من حفر بئراً
فله مما حولها أربعون ذراعا » وبقوله أولى عنده ، أي عند أبي حنيفة رحمه الله ، ويريد بالخاص المختلف في قبوله والعمل به حديث
الزهرى وهو قوله « حريم العين خمسمائة ذراع ، وحريم بئر العطن أربعون ذراعا ، وحريم بئر الناضح ستون ذراعا » كذا في العناية
وغيرها . أقول : هذا الدليل المذكور من قبل أبي حنيفة منقوض بما إذا كانت البئر عينا ، فإن حريمها خمسمائة ذراع بالإجماع كما
سيأتي مع أن ما رواه من قوله عليه الصلاة والسلام « من حفر بئراً فله مما حولها أربعون ذراعا » لا يفصل ذلك أيضا ، وإن كون
العام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف في قبوله ، والعمل به يقتضى أن يكون حريمها أربعين ذراعا عنده
فليتأمل في الفرق ،

ماء بئر ، وهذا الضرر لا يندفع بعشرة أذرع « من » كل جانب بيقين ، فإن الأراضي تختلف في الصلابة والرخاوة ، وفي مقدار
أربعين ذراعا من كل جانب ياتين بدفع الضرر . والناضح : البئر . وقوله (وله ما روينا) يريد به قوله عليه الصلاة والسلام « من
حفر بئراً فله مما حولها أربعون ذراعا » من غير فصل « يعنى بين العطن والناضح . واعتراض بأنه مقيد بقوله عطنا لما شئته ، فيكون
قد فصل بين العطن والناضح . وأجيب بأن ذكر ذلك اللفظ للتعليل لا للتقييد ، فإن الغالب في انتفاع الآبار في الفلوات هذا الطريق
فيكون ذكر العطن ذكر الجميع الانتفاعات كما في قوله تعالى - وذروا البيع - قيد بالبيع لما أن الغالب في ذلك اليوم البيع ، وكذلك
قوله تعالى - إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً - والوعيد ليس بمخصوص بالأكل ، ولكن الغالب من أمره الأكل فأخرجه على
ما عليه الغالب ، والدليل على ذلك ما روى أبو يوسف رحمه الله قال : حدثنا أشعث بن سوار عن الشعبي أنه قال : حريم البئر
أربعون ذراعا من هاهنا وهاهنا وهاهنا ولا يخل عليه أحد في حريمه وفي مائه . وقوله (والعام المتفق على قبوله والعمل به)

أولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به ، ولأن القياس يأبى استحقاق الحريم لأن عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ، ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه ، ولأنه قد يستقى من العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ، ويمكنه أن يدير البعير حول البئر فلا يحتاج فيه إلى زيادة مسافة : قال (وإن كانت عينا فحريمها خمسمائة ذراع) لما روينا ، ولأن الحاجة فيه إلى زيادة مسافة . لأن العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء . ومن موضع يجري فيه إلى المزرعة فلهذا يقدر بالزيادة ، والتقدير بخمسمائة بالتوقيف . والأصح أنه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن ، والذراع هي المكسرة وقد بيناه من قبل .

(قوله ولأن القياس يأبى استحقاق الحريم لأن عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه) يعني أن الحديثين اتفقا في الأربعين فتركنا القياس في هذا القدر . وفيما وراء الأربعين تعارضا . لأن العام ينفيه والخاص يثبتته فتساقطا فعملنا بالقياس ، كذا في شرح تاج الشريعة وغيره . أقول : فيه بحث . لأن المتعارضين من الدليلين إنما يتساقطان إذا لم يكن لأحدهما رجحان على الآخر ، وأما إذا كان لأحدهما رجحان على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الآخر . والأمر فيما نحن فيه كذلك لأن العام إنما ينفي ما وراء الأربعين بطريق المفهوم وهو غير معتبر عندنا ، وإن سلم أنه ينفي ذلك بمنطوقه فإنما ينفيه بطريق الإشارة والخاص يثبتته بطريق العبارة . وقد تقرر في علم الأصول أن عبارة النص ترجح على إشارته عند التعارض فلزم أن لا يسقط الخاص بل وجب أن يعمل به ويترك القياس لظهور أن يترك القياس في مقابلة النص . قال تاج الشريعة : فإن قلت : كيف يتعارضان وقد ذكر القبول في أحدهما والاختلاف في الآخر ؟ قلت : يعني به صورة المعارضة ، كما يقال إذا تعارض المشهور مع خبر الواحد ترجح المشهور وعدم التعارض معلوم انتهى . واقتنى أثره صاحب الكفاية والشارح العيني . أقول : الجواب ليس بصحيح . إذ لو كان المراد بتعارضهما هاهنا صورة التعارض التي لاتنافي رجحان أحدهما على الآخر لما تم قول المصنف وفيما تعارضا فيه حفظناه ، ولما صح قولهم في شرح ذلك وفيما وراء الأربعين تعارضا فتساقطا فعملنا بالقياس . إذ التساقط والعمل بالقياس إنما يتصور في حقيقة التعارض بأن يتساويا في القوة ولم يوجد المخلص . وأما في صورة التعارض مع رجحان أحدهما على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الآخر والقياس ، وقد عرف ذلك كله في أصول الفقه . ثم أقول : الظاهر في الجواب أن يقال : مدار هذا الدليل على التنزيل عما ذكر في الدليل السابق من كون العام المتفق على قبوله أولى من الخاص المختلف في قبوله : يعني لو سلم عدم رجحان أحدهما على الآخر وتساقطهما فيما تعارضا فيه وهو ما وراء الأربعين حفظنا القياس فيه وهو يكفينا فيما نحن فيه تأمل ترشد (قوله ولأنه قد يستقى من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما)

يريد قوله عليه الصلاة والسلام « من حفر بئرا » لأن كلمة « من » تفيد العموم (أولى عنده) أي عند أي حنيفة رحمه الله (من الخاص المختلف في قبوله والعمل به) يريد به حديث الزهري : « حريم العين خمسمائة ذراع ، وحريم البئر العطن أربعون ذراعا ، وحريم بئر الناضح ستون ذراعا » . ورد عموم الأول بأن معناه : من حفر بئرا للعطن فله مما حولها أربعون ذراعا ، وهو خاص بالعطن كما ترى . وأجيب بأن عطنا ليس صفة لبئر حتى يكون مخصصا ، وإنما هو بيان الحاجة إلى الأربعين ليكون دافعا لمقتضى القياس ، فإنه يأبى استحقاق الحريم ، لأن عمل الحافر في موضع الحفر واستحقاقه بالعمل ، ففي موضع الحفر استحقاقه لكننا تركناه به ، فإن قيل : فاتركه في الناضح أيضا لحديث الزهري لئلا يلزم التحكيم قلنا : حديثه فيه معارض بالعموم فيجب المصير إلى ما بعده وهو القياس فحفظناه . وقوله لما روينا إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام « حريم العين خمسمائة ذراع » وقوله (والذراع هي المكسرة) يعني أن يكون ست قبضات وهو ذراع العامة ، وإنما وصفت بذلك لأنها نقصت عن ذراع الملك وهو بعض الأكاسرة بقبضة . وقوله (لما بينا) إشارة إلى ما ذكره في كتاب الطهارة من قوله بذراع الكرباس توسعة على الناس فإنها هي المكسرة .

(قوله إشارة إلى ما ذكره في كتاب الطهارة) أقول : في باب الماء الذي يجوز به الوضوء ، وفيه رد على العلامة الكاكي حيث قال في شرح

وقيل إن التقدير في العين والبئر بما ذكرناه في أراضيهم لصلابة بها وفي أراضيها رخاوة فيزاد كى لا يتحول الماء إلى الثاني فيتعطل الأول . قال (فمن أراد أن يخفر في حريمها منع منه) كى لا يؤدى إلى تفويت حقه والإخلال به . وهذا لأنه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره أن يتصرف في ملكه . فإن احتفر آخر بئرا في حريم الأول للأول أن يصلحه ويكبسه تبرعا . ولو أراد أخذ الثاني فيه قيل له أن يأخذه يكبسه لأن إزالة جنابة حفره به كما في الكناسة يلقبها في دار غيره فإنه يؤخذ برفعها . وقيل يضمه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما إذا هدم جدار غيره . وهذا هو الصحيح ذكره في أدب القاضي للخصاف . وذكر طريق معرفة النقصان ، وما عطب في الأول فلا ضمان فيه ، لأنه غير متعد ، إن كان بإذن الإمام فظاهر . وكذا إن كان بغير إذنه عندهما . والعذر لأبي حنيفة أنه يجعل في الحفر تحجيرا وهو بسبيل منه بغير إذن الإمام وإن كان لا يملكه بدونه . وما عطب في الثانية ففيه الضمان لأنه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره . وإن حفر الثاني بئرا وراء حريم الأول فذهب ماء البئر الأول فلا شيء عليه ، لأنه غير متعد في حفرها ، وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الأول لسبق ملك الحافر الأول فيه (والقناة لها حريم بقدر ما يصلحها) وعن محمد أنه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم ، وقيل هو عندهما . وعنده لا حريم لها ما لم يظهر الماء على الأرض لأنه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر . قالوا : وعند ظهور الماء على الأرض هو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمسائة ذراع (والشجرة تغرس في أرض موات لها حريم أيضا حتى لم يكن لغيره أن يغرس شجرا في حريمها) لأنه يحتاج إلى حريم له يجد فيه ثمره ويضعه فيه وهو مقدّر بخمسة أذرع من كل جانب ، به ورد الحديث . قال (وما ترك الفرات أو الدجلة وعدل عنه الماء ويجوز عوده إليه لم يجز لإحيائه) لحاجة العامة إلى كونه نهرا (وإن كان لا يجوز أن يعود إليه فهو كالموات إذا لم يكن حريما لعامر) لأنه ليس في ملك أحد ، لأن قهر

أقول : هذا التعليل ضعيف جدا لأنهم صرحوا بأن المراد من بئر العطن ما يستقى منه باليد ، ومن بئر الناضح ما يستقى منه بالبعير فكيف يتم أن يقال : قد يستقى من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد ، ولئن سلم ذلك فهو على الندرة فكيف يتم أن يقال : فاستوت الحاجة فيهما ؟ قواه وقيل إن التقدير في البئر والعين بما ذكرناه في أراضيهم لصلابة بها وفي أراضيها رخاوة فيزاد كى لا يتحول الماء إلى الثاني فيتعطل الأول) أقول : فيه إشكال ، إذ المقادير مما لا مدخل فيه لأرى أصلا ، وإنما مدارها النص من الشارع كما صرحوا به واتفقوا عليه . والذي ثبت بالنص فيما نحن فيه ما ذكره فيما قبل لا غير ، فتصير الزيادة عليه عملا بالرأى فيما هو من المقادير وهو لا يجوز فليتأمل في الدفع (قوله وما عطب في الثانية ففيه الضمان ، لأنه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره) أقول : في التعليل قصور لأنه لا يتمشي فيما إذا حفر الأول بغير إذن الإمام على أصل أبي حنيفة ، فإنه يجعل الحفر هناك تحجيرا كما مر آنفا ، وبمجرد التحجير لا تنصير البئر الأولى ولا حريمها ملكا للمحجر فلا يصدق هناك على أصله أن يقال إن الثاني حفر في ملك غيره ، فالأولى في التعليل أن يقال : لأنه متعد فيه حيث حفر في حق غيره ، إذ لا شك أن الحق يثبت بالتحجير كما يثبت بالإحياء ، ولهذا لا يقدر

قال (فمن أراد أن يخفر في حريمها يمنع منه) كلامه واضح . وقوله (أن يطه) أى يصلحه ويكبسه من باب : أعجبني زيد وكرمه في كون الغطف للتفسير فإن إصلاحه كبسه . قوله (وذكر طريقة معرفة النقصان) وهو أن يقوم الأول قبل حفر الثانية وبعده فيضمن نقصان ما بينهما . والقناة : مجرى الماء تحت الأرض تسمى بالفارسية كاريز . وقوله (به ورد الحديث) يريد به ما روى « أن رجلا

قوله وقد بينا أن الوجه في أن الخمسمائة تعتبر من كل جانب ، ولكن لم يذكر بيان الذراع انتهى فتأمل (قال المصنف : والقناة له حريم بقدر ما يصلحه) أقول : وفي غاية البيان تفصيل حسن في هذا المقام فراجع .

الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الإمام . قال (ومن كان له نهر في أرض غيره فليس له حريم عند أبي حنيفة إلا أن يقيم بيته على ذلك . وقالوا : له مسناة النهر يمشى عليها ويلقى عليها طينه) قيل هذه المسئلة بناء على أن من حفر نهرا في أرض موات بإذن الإمام لا يستحق الحريم عنده . وعندهما يستحقه لأن النهر لا ينتفع به إلا بالحريم لحاجته إلى المشى لتسييل الماء : ولا يمكنه المشى عادة في بطن النهر وإلى إلقاء الطين . ولا يمكنه النقل إلى مكان بعيد إلا بخرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر . وله أن القياس يأباه على ما ذكرناه . وفي البئر عرفناه بالأثر : والحاجة إلى الحريم فيه فوقها إليه في النهر : لأن الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم . ولا يمكن في البئر إلا بالاستقاء ولا استقاء إلا بالحريم فتعذر الإلحاق . ووجه البناء أن باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر : والقول لصاحب اليد : وبعدم استحقاقه تنعدم اليد . والظاهر يشهد لصاحب الأرض على ما نذكره إن شاء الله تعالى . وإن كانت مسألة مبتدأة فلهما أن الحريم في يد صاحب النهر باستمسكه الماء به ولهذا لا يملك صاحب الأرض نقضه . وله أنه أشبه بالأرض صورة ومعنى . أما صورة فلاستوائهما ، ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة . والظاهر شاهد لمن في يده ما هو أشبه به .

الإمام أن يأخذها من يد الخاجر ويدفعها إلى غيره إلا إذا حفر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين كما مر فيتمشي التعليل بهذا الوجه في الصورة المذكورة أيضا على أصل أثبتنا الثلاثة جميعا (قوله وله أنه أشبه بالأرض صورة ومعنى : أما صورة فلاستوائهما ، ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة) قال صاحب العناية : وقوله لاستوائهما يشير إلى أن الخلاف فيما إذا لم تكن المسناة مرتفعة عن الأرض ، فأما إذا كانت المسناة أرفع من الأرض فهي لصاحب النهر : لأن الظاهر أن ارتفاعه لإلقاء طينه انتهى . وتبعه

غرس شجرة في أرض فلاة فجاء آخر فأراد أن يغرس شجرة أخرى بجانب شجرته ، فشكى صاحب الشجرة الأولى إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فجعل له النبي عليه الصلاة والسلام من الحريم خمسة أذرع وأطلق للآخر فيها وراء ذلك « وهو حديث مشهور ذكره شيخ الإسلام في ميسوطه (قوله ومن كان له نهر في أرض غيره) ذكر في شرح الطحاوي : لو أن نهرا لرجل وأرضا على شاطئ النهر لآخر فتنازعا في المسناة : فإن كان بين الأرض وبين النهر حائل كالحائط ونحوه فالمسناة لصاحب الأرض بالإجماع ، وإن لم يكن بينهما حائل قال أبو حنيفة رحمه الله : هي لصاحب الأرض ولصاحب النهر فيها حق ، حتى أن صاحب الأرض إذا أراد رفعها : أي هدمها كان لصاحب النهر منه من ذلك . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : المسناة لصاحب النهر . وذكر في كشف الغوامض أن الاختلاف في نهر كبير لا يحتاج إلى كربه في كل حين ، أما الأنهار الصغار التي يحتاج إلى كربها في كل وقت فلها حريم بالاتفاق ، هكذا ذكره في النهاية ، وظاهر كلام المصنف ينافيه . وقوله (فيكون له حريم اعتبارا بالبئر) يعني بجمع الاحتياج فإن استحقاق الحريم للحاجة وهي موجودة في النهر كهي في البئر والعين فيتعدى الحكم منهما إليه (وله أن القياس يأباه على ما ذكرناه) يعني قوله ولأن القياس يأبي استحقاق الحريم إلى آخره . وفي البئر عرفناه بالأثر فكان الحكم معدولا به عن القياس في الأصل فلا يصح تعديته . وقوله (والحاجة إلى الحريم فيه) أي في البئر جواب عما يقال هب أنه على خلاف القياس فليالحق به بالدلالة . ووجهه أن الإلحاق بالدلالة إنما يكون للأعلى بالأدنى أو المساوي ، والأمر فيما نحن فيه ليس كذلك ، فإن الحاجة إلى الحريم فيه : أي في البئر بمعنى القلب فوق الحاجة إليه في النهر ، لأن الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ، ولا يمكن في البئر إلا بالاستقاء ، ولا استقاء إلا بالحريم فتعذر الإلحاق . وقوله (ووجه البناء : إلى قوله : والقول لصاحب اليد) من جهتهما . وقوله (ولعدم استحقاقه إلى آخره) من جهة أبي حنيفة رحمه الله ، وقوله (أما صورة فلاستوائهما) يشير إلى أن الخلاف فيما إذا لم تكن المسناة مرتفعة

(قال المصنف : لأن الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم) أقول : إلا أنه يلحقه بعض المخرج في نقل الطين والمشى في وسطه (قوله يشير إلى أن الخلاف الخ) أقول : لا يخفى عليك ما في الإشارة من الخفاء ، ولك أن تقول : المراد بالاستواء هو الاستواء صورة ، بأن لا يرتفع الحريم

كائنين تنازعا في مصراع باب ليس في يدهما والمصراع الآخر معلق على باب أحدهما يقضى للذى في يده ما هو أشبه بالمتنازع فيه . والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك . ولانزاع فيما به استمسك الماء إنما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس . على أنه إن كان مستمسكا به ماء نهره فالآخر دافع به الماء عن أرضه . والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه . كالحائظ لرجل وآخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وإن كان ملكه (وفي الجامع الصغير نهر لرجل إلى جنبه مسناة وآخر خلف المسناة أرض تلزقها وليست المسناة في يد أحدهما فهي لصاحب الأرض عند أبي حنيفة . وقالا : هي لصاحب النهر حرما للملحق طينه وغير ذلك . وقوله وليست المسناة في يد أحدهما معناه : ليس لأحدهما عليه غرس ولا طين ملق فينكشف بهذا اللفظ . وموضع الخلاف . أما إذا كان لأحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل أولى . لأنه صاحب يد . ولو كان عليه غرس لا يدري من غرسه فهو من مواضع الخلاف أيضا . وثمرة الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عنده وعندهما لصاحب النهر . وأما إلقاء الطين فقد قيل إنه على الخلاف . وقيل إن لصاحب النهر ذلك الملم ينمحش . وأما المروز فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده . وقيل لا يمنع للضرورة . قال الفقيه أبو جعفر : آخذ بقوله في الغرس ويقولهما في إلقاء الطين . ثم عن أبي يوسف أن حريمه مقدار نصف النهر من كل جانب . وعن محمد مقدار بطن النهر من كل جانب . وهذا أرفق بالناس .

العيني . أقول : ليس هذا بشرح سديد . لأن الإشارة إلى ما ذكره إنما يتصور أن لو كان المراد باستوائهما في قوله صورة لاستوائهما استواءهما في الارتفاع والانخفاض : أي الاستواء المكاني . ولا يذهب على ذي مسكة أن المراد بذلك إنما هو الاستواء في الحقيقة الأرضية . كيف لا والاستواء بالمعنى الأول قد يتحقق بين النهر والحريم أيضا كما لا يخفى عليك ، فلو كان المراد ذلك لاختل التعليل المذكور تبصر (قوله وثمرة الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عنده وعندهما لصاحب النهر) قال بعض الفضلاء : فيه بحث . إذ لا يظهر كون ما ذكره ثمرة لما تقدم . بل لا يبعد أن يدعى العكس انتهى . أقول : لوجه لكلامه هذا أصلا . فإنه لما لم يكن لصاحب النهر حريم عنده بل كان طرفا النهر لصاحب الأرض وكان لصاحب النهر حريم عندهما ظهر منه أن ولاية الغرس في مقدار ذلك الحريم لصاحب الأرض عنده ولصاحب النهر عندهما . إذ لا شك أن ولاية الغرس في موضع لمن يستحق ذلك الموضع وهذا بما لاسترة به . فكيف خفي على مثل ذلك القائل .

عن الأرض ، فأما إذا كانت المسناة أرفع من الأرض فهي لصاحب النهر . لأن الظاهر أن ارتفاعه لإلقاء طينه . وقوله (يقضى للذى في يده ما هو أشبه بالمتنازع فيه) هو الموعود بقوله على ما ذكره . وقوله (والقضاء في موضع الخلاف) أي في مسألة من كان له نهر في أرض غيره قضاء ترك لأقضاء ملك . فلو أقام صاحب النهر البينة بعد هذا على أن المسناة ملكه تقبل بينته ، ولو كان قضاء ملك لما قبلت بينته لأن المقضى عليه في حادثة قضاء ملك لا يصير مقضيا له فيها . وقوله (ولا نزاع فيما به استمسك الماء) جواب عن قولهما إن الحريم في يد صاحب النهر بإمسك الماء وهو واضح . وقوله (والمانع من نقضه) جواب عن قولهما ولهذا لا يملك صاحب الأرض نقضه . وذكر رواية الجامع الصغير لأنه يبين بها موضع الخلاف . وقوله (ليس لأحدهما عليه) أي على المسناة بتأويل الحريم .

من الأرض لا الاستواء في الأرضية (قوله هو الموعود بقوله على ما ذكره) أقول : فيه بحث ، بل الموعود بقوله وله أنه أشبه بالأرض (قال المصنف : وثمرة الاختلاف الخ) أقول : فيه بحث ، إذ لا يظهر كون ما ذكره ثمرة لما تقدمه ، بل لا يبعد أن يدعى العكس .

(فصول في مسائل الشرب)

(فصل في المياه)

وإذا كان لرجل نهر أو بئر أو قناة فليس له أن يمنع شيئاً من الشفة ، والشفة الشرب لبنى آدم والبهائم (اعلم أن المياه أنواع : منها ماء البحار ، ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقى الأراضى ، حتى إن من أراد أن يكرى نهراً منها إلى أرضه لم يمنع من ذلك ، والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على أى وجه شاء . والثانى ماء الأودية العظام كجيحون وسبحون ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الإطلاق وحق سقى الأراضى . فإن أحيا واحد أرضاً ميتة وكرى منه نهراً ليسقيها ، إن كان لا يضرّ بالعمامة ولا يكون النهر فى ملك أحد له ذلك لأنها مباحة فى الأصل إذ قهر الماء يدفع قهر غيره ، وإن كان يضرّ بالعمامة فليس له ذلك لأن دفع الضرر عنهم واجب ، وذلك فى أن يميل الماء إلى هذا الجانب إذا انكسرت صفته فيغرق القرى والأراضى . وعلى هذا نصب الرحي عليه لأن شق النهر للرحى

(فصول في مسائل الشرب)

(فصل في المياه)

لما فرغ من ذكر إحياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب . لأن إحياء الموات يحتاج إليه ، وقدم فصل المياه على فصل الكرى لأن المقصود هو الماء . كذا فى الشروح . أقول : يرد على ظاهره أن يقال : إذا كان الشرب مما يحتاج إليه إحياء الموات كان اللائق تقديم مسائل الشرب على مسائل إحياء الموات على عكس ما فى الكتاب . والجواب أن إحياء الموات لأصلاته وكثرة فروعه كما يدل عليه ترجمة الكتاب به فى العنوان يستحق التقديم لامحالة ، وإنما مقصود الشراح هاهنا بيان مجرد وجه تنزيله بمسائل الشرب لتحقيق المناسبة والتعلق بينهما من جهة احتياج أحدهما على الآخر دون بيان الترتيب بينهما فيتم المطلوب بما ذكره

(فصول في مسائل الشرب)

(فصل في المياه)

لما فرغ من إحياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب . لأن إحياء الموات يحتاج إليه ، وقدم فصل المياه على فصل الكرى لأن المقصود هو الماء . والشفة أصلها شفة أسقط الماء تخفيفاً . والمراد بها هاهنا الشرب بالشفاء ، وجيحون : نهر خوارزم ، وسبحون : نهر الترك . ودجلة نهر بغداد : والفرات نهر الكوفة : وشفة النهر بالكسر والتفتح : حافته . وأنت ثلاث فى قوله عليه الصلاة والسلام « الناس شركاء فى ثلاث » لأن الفصحى فى الكلام إذا لم يذكر المعلوم أن يذكر على لفظ المؤنث نظراً إلى لفظ الأعداد ، ومثله قوله عليه الصلاة والسلام « من صام رمضان وأتبعه بست من شوال » الحديث . والصوم إنما يتحقق فى الأيام لا فى الليالى . ولكن لما لم يذكر المعلوم وهو الأيام أنه . وقوله عليه الصلاة والسلام « شركاء » يريد به الإباحة فى الماء الذى لم يحرز نحو الحياض والعيون والآبار والأنهار . وأما الكلاء وهو ما لا ساق له فلما أن يثبت فى أرض شخص أو أنبته فيها بكرى الأرض وسقيها ، فإن كان الأول كان مباحاً للناس إلا أن أحداً لا يدخل ملكه إلا بإذنه ، فإن لم يجد فى غير ذلك الموضع ؛ فلما أن يخرج له صاحب الأرض أو يأذن له بالدخول . وإن كان الثانى فهو أحق به ، وليس لأحد أن ينتفع بشيء منه إلا برضاه لأنه

كشفة للسقي به . والثالث إذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت . والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « الناس شركاء في ثلاث : الماء . والكلأ . والنار » وأنه ينتظم الشرب ، والشرب خص منه الأول وبقي الثاني وهو الشفة ، ولأن البئر ونحوها ما وضع للإحراز . ولا يملك المباح بدونه كالطبي إذا تكنس في أرضه . ولأن في إبقاء الشفة ضرورة لأن الإنسان لا يمكنه استصحاب الماء إلى كل مكان وهو محتاج إليه لنفسه وظهره ؛ فلو منع عنه أفضى إلى حرج عظيم . وإن أراد رجل أن يسقي بذلك أرضاً أحيها كان لأهل النهر أن يمنعه عنه أضر بهم أو لم يضر لأنه حق خاص لهم ولا ضرورة . ولأننا لو أبجنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب . والرابع الماء المحرز في الأواني وأنه صار مملوكاً له بالإحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد المأخوذ . إلا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظراً إلى الدليل وهو ما رويناه . حتى لو سرقه إنسان في موضع يعزّ وجوده وهو يساوى نصاباً لم تقطع يده . ولو كان البئر أو العين أو الحوض أو النهر في ملك رجل له أن يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه إذا كان يجرد ماء آخر يقرب من هذا الماء في غير ملك أحد ، وإن كان لا يجرد يقال لصاحب النهر : إما أن تعطيه الشفة أو تتركه يأخذ بنفسه بشرط أن لا يكسر ضفته . وهذا مروى عن الطحاوي . وقيل ما قاله صحيح فيما إذا احتفر في أرض مملوكة له : أما إذا احتفرها في أرض موات فليس له أن يمنعه . لأن الموات كان مشتركاً ، الحفر لإحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة في الشفة ، ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه أو ظهره العطش له أن يقاتله بالسلاح لأنه قصد إتلافه بمنع حقه وهو الشفة ، والماء في البئر مباح غير مملوك ، بخلاف الماء المحرز في الإناء حيث يقاتله بغير السلاح لأنه قد ملكه . وكذا الطعام عند إصابة الخمصة ، وقيل في البئر ونحوها الأولى أن يقاتله بغير السلاح بعضاً لأنه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له ؛

(قوله إلا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظراً إلى الدليل ، وهو ما رويناه ، حتى لو سرقه إنسان في موضع يعزّ وجوده وهو يساوى نصاباً لم تقطع يده) واعترض عليه بأنه على هذا ينبغي أن لا يقطع في الأشياء كلها ، لأن قوله تعالى - هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً - يورث الشبهة بهذا الطريق . وأجيب بأن العمل بالحديث يوافق العمل بقوله تعالى - هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً - فإن العمل به على الإطلاق يبطل قوله تعالى - الزانية والزاني ، والسارق والسارقة - وغير ذلك ، فدل على أن المراد غير مادل عليه الخصوصيات . كذا في الغاية . أقول : في هذا الجواب نظر ، لأنه وإن لم يلزم بالعمل بالحديث المذكور على الإطلاق إبطال دليل شرعي آخر ، فإنهم حكموا بأن الماء المحرز في الأواني يصير مملوكاً بالإحراز وينقطع حق الغير عنه ؛ وهذا حكم شرعي لا بد له من دليل شرعي لا محالة ، فلو عملنا بالحديث المذكور على الإطلاق لزم إبطال ذلك الدليل الشرعي الدال على أن الماء المحرز في الأواني ملك خاص لمن أحرزه لا شركة فيه لغيره من الناس ، فدل على أن المراد بالحديث المذكور غير ما دل عليه خصوص الدليل الشرعي الدال على أن الماء

حصل بكسبه والكسب للمكتسب . وأما النار فن أوقد ناراً في أرض فليس لأحد فيها حق فلهم أن ينتفعوا بنارها من حيث الاصطلاح بها وتجفيف الثياب وأن يعمل بضوئها . وأما إذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك إلا برضاه ؛ لأن ذلك فحم أو حطب قد أحرزه الموقد ليس مما تثبت فيه الشركة . وكلامه واضح . وقوله (إلا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظراً إلى الدليل) يريد به قوله عليه الصلاة والسلام « الناس شركاء في ثلاث » وقوله (حتى لو سرقه إنسان لم يقطع) اعترض عليه بأنه على هذا ينبغي أن لا يقطع في الأشياء كلها ؛ لأن قوله تعالى - هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً - يورث الشبهة بهذا الطريق . وأجيب بأن العمل بالحديث يوافق العمل بقوله تعالى - الزانية والزاني ، والسارق والسارقة - وغير ذلك ، فدل على أن المراد به غير مادل

والشفة إذا كان يأتي على الماء كله بأن كان جدولا صغيرا . وفيما يرد من الإبل والمواشي كثرة ينقطع الماء بشرها قيل لا يمنع منه ، لأن الإبل لا تترده في كل وقت وصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة الشرب . وقيل له أن يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر والجامع نفويت حقه . ولهم أن يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح ، لأن الأمر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدي إلى الحرج وهو مدفوع . وإن أراد أن يسقي شجرا أو خضرا في داره حملا بجراره له ذلك في الأصح . لأن الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدنائة . وليس له أن يسقي أرضه ونخله وشجره من نهر هذا الرجل وبئر وفنائه إلا بإذنه نصا . وله أن يمنع من ذلك لأن الماء متى دخل في المقاسم انقطعت شركة الشرب بواحدة . لأن في إبقائه قطع شرب صاحبه . ولأن المسيل حق صاحب النهر ، والصفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التيسيل فيه ولا شق الصفة . فإن أذن له صاحبه في ذلك أو أعاره فلا بأس به لأنه حقه فتجرى فيه الإباحة كالماء المحرز في إنائه .

(فصل في كرى الأنهار)

قال رضى الله عنه : الأنهار ثلاثة : نهر غير مملوك لأحد ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه ،

المحرز في الأوانى ملك مخصوص لمحرزه كما قيل في الآية المذكورة : فينبغي أن لا يورث شبهة فيما لو مرق إنسان ماء محرزا في الأول كما لا تورثها الآية المذكورة . فالحق في الجواب عن ذلك الاعتراض ما ذكره تاج الشريعة حيث قال : فإن قلت : فعلى هذا ينبغي أن لا يقطع السارق نظرا إلى قوله تعالى - خلق لكم ما في الأرض جميعا - قلت : مقابلة الجمع بالجمع تقتضى انقسام الآحاد كما في قوله تعالى - حرمت عليكم أمهاتكم - وقوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم - ولا يجوز الزائد على الأربع ، فكذا معنى الآية والله أعلم خلق لكل واحد منكم ما وقع في يده لا كل الأشياء ، وفيما نحن فيه أثبت الحديث الشركة للناس عاما .

(فصل في كرى الأنهار)

قال جماعة من الشراح : لما فرغ من ذكر مسائل الشرب احتاج إلى ذكر موثة كرى الأنهار التي كان الشرب منها ، ولكن لما كانت موثة الكرى أمرا زائدا على النهر إذ النهر يوجد بدون موثة الكرى كالنهر العام آخر ذكره انتهى . أقول : فيه كلام .

عليه الخصوصيات . وقوله (وقيل له أن يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر) ذكر في المبسوط . وأكثرهم على أن له أن يمنع في مثل هذه الصور ، لأن الشفة ما لا يضر بصاحب النهر والبئر ، فأما ما يضر ويقطع فله أن يمنع ذلك . وقوله (ولهم أن يأخذوا منه) أى من الجدول الصغير علم من وضع المسئلة فيه . وقوله (في الصحيح) إشارة إلى اختلاف المشايخ رحمهم الله ، فإن منهم من قال : لا يأخذون الماء منه للوضوء وغسل الثياب لأن الشركة تثبت في حق الشفة لا غير . والصحيح جوازه دفعا للحرج . وقوله (له ذلك في الأصح) احتراز عن قول بعض المتأخرين من أئمة بلخ إذ قالوا : ليس له ذلك إلا بإذن صاحب النهر عملا بظاهر الحديث . وقوله (لأن الماء متى دخل في المقاسم) أى متى دخل في قسمة رجل بعينه . وقوله (بواحدة) أى بالكلية .

(فصل في كرى الأنهار)

لما فرغ من ذكر مسائل الشرب احتاج إلى ذكر موثة كرى الأنهار التي كان الشرب منها . ولكن لما كانت موثة الكرى أمرا زائدا على النهر إذ النهر يوجد بدون موثة الكرى كالنهر العام آخر ذكره . ووجه الحصر في الثلاثة ظاهر . لأن النهر إما أن

(فصل في كرى الأنهار)

ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة إلا أنه عام ، ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص . والفاصل بينهما استحقاق الشفة به وعدمه . فالأول كرية على السلطان من بيت مال المسلمين لأن منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم ، ويصرف إليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لأن الثاني للفقراء والأول للنواب . فإن لم يكن في بيت المال شيء فالإمام يجبر الناس على كرية إحياء لمصاحبة العامة إذ هم لا يقيمونها بأنفسهم ، وفي مثله قال عمر رضي الله عنه : : لو تركتم لبعم أولادكم ، إلا أنه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بأنفسهم . وأما الثاني فكريه على أهله على بيت المال ، لأن الحق لهم والمنفعة تعود إليهم على الخصوص والخلوص ، ومن أبي منهم يجبر على كرية دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآتي خاص ويقابله عوض فلا يعارض به ؛ ولو أرادوا أن يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الأراضي وفساد الطرق يجبر الآتي ، وإلا فلا لأنه موهوم بخلاف الكرى لأنه معلوم . وأما الثالث وهو الخاص من كل وجه فكريه على أهله لما بينا ثم قيل يجبر الآتي كما في الثاني . وقيل لا يجبر لأن كل واحد من الضررين خاص . ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآتي بما أنفقوا فيه إذا كان بأمر القاضي فاستوت الجهتان ، بخلاف ما تقدم ، ولا يجبر لحق

أما أولا فلأن المصنف لم يفرغ من ذكر مسائل الشرب ، بل هو في أثناء ذكر مسائلها بعد ، كيف وقد قال فيما قبل فصول في مسائل الشرب وهو الآن شرع في الفصل الثاني من تلك الفصول . وأما ثانيا فلأن النهر العام أيضا لا يوجد بدون مؤنة الكرى ، بل له مؤنة من بيت المال المسلمين كما صرح به المصنف فيما بعد حيث قال : فالأول كرية على السلطان من بيت مال المسلمين لأن منفعة الكرى لهم فيكون مؤنته عليهم . لا يقال : مرادهم أن النهر العام يوجد بدون مؤنة الكرى على أهله لا أنه يوجد بدونها مطلقا يشير إليه قول المصنف فيما بعد : وأما الثاني فكريه على أهله لاعلى بيت المال فلا يضرهم وجوب مؤنة النهر العام على السلطان . لأننا نقول : مؤنة النهر العام وإن كانت على السلطان في الظاهر حيث كان صرفها من يده إلا أنها في الحقيقة على أهلها أيضا وهم عامة المسلمين ، يرشد إليه قول المصنف لأن منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم في تعليل قوله فالأول كرية على السلطان من بيت مال المسلمين . ولئن سلم أن مؤنة النهر العام على السلطان نفسه فلا يحدى نفعا أيضا ، إذ لا يلزم حينئذ أن يوجد النهر بدون مؤنة

يكون عاما من كل وجه أو خاصا كذلك ، أو عاما من وجه خاصا من وجه . أما الأول فكالفراث وسيحون وجيحون ودجلة ، وأما الآخران فقد فصل المصنف رحمه الله بينهما باستحقاق الشفة وقد تقدم ذلك فيها . وقوله (إلا أنه يخرج له) أي للكرى من كان يطيقه : أي الذي يقدر على العمل (ويجعل مؤنته) أي مؤنة من يطيقه على المياسير الذين لا يطيقونه بأنفسهم كما يفعل ذلك في تجهيز الجيوش فإنه يخرج من كان يطيق القتال ويجعل مؤنته على الأغنياء . وقوله (ويقابله عوض) يعني حصص من الشرب فلا يعارض به ؛ أي فلا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص ، بل يغلب جانب الضرر العام فيجعل ضررا ، ويجب السعي في إعدامه وإن بقى الضرر الخاص . وقوله (خيفة الانبثاق) يقال يثق السيل موضع كذا : أي خرقة وشقة . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن الحق لهم والمنفعة تعود إليهم على الخلوص . ثم قيل : يجبر الآتي كما في الثاني وهو قول أبي بكر الإسكاف رحمه الله : وقيل لا يجبر وهو قول أبي بكر بن أبي سعيد البلخي رحمه الله . وقوله (فاستوت الجهتان) يعني في الخصوص ، بخلاف ما تقدم وهو الإجماع في النهر الثاني ، فإن من أبي من أهله يجبر عليه هناك لأن إحدى الجهتين عام والأخرى خاص ، فيجبر الآتي دفعا للضرر العام عن غيره . وقوله (ولا جبر لحق الشفة) جواب عما يقال إن في كرى النهر الخاص إحياء حق الشفة العامة فيكون في الترك ضرر عام ، فينبغي أن يجبر الآتي على الكرى دفعا للضرر عن أهل الشفة وهو قول بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله وفي ظاهر الرواية لا يجبر الآتي لحق

الشفة كما إذا امتنعوا جميعا ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم من أعلاه ، فإذا جاوز أرض رجل رفع عنه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : هي عليهم جميعا من أوله إلى آخره بمخصص الشرب والأرضين ، لأن لصاحب الأعلى حقا في الأسفل لاحتياجه إلى تسهيل مافضل من الماء فيه . وله أن المقصد من الكرى الانتفاع بالسقى وقد حصل لصاحب الأعلى فلا يلزمه إنفعا غيره . وليس على صاحب السيل عمارته كما إذا كان له مسيل على سطح غيره . كيف وأنه يمكنه دفع الماء عن أرضه بسدة من أعلاه ، ثم إنما يرفع عنه إذا جاوز أرضه كما ذكرناه . وقيل إذا جاوز فوّهة نهره ، وهو مروى عن محمد رحمه الله . والأول أصح لأن له رأيا في اتخاذ الفوّهة من أعلاه وأسفله ، فإذا جاز الكرى أرضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له أن يفت الماء ليسقى أرضه لانتهاء الكرى في حقه ، وقيل ليس له ذلك مالم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه ، وليس على أهل الشفة من الكرى شيء لأنهم لا يحصون ولأنهم أتباع .

الكرى مطلقا فلا يثبت كون مؤنة الكرى أمرا زائدا على النهر فلا يتم وجه التأخير الذي ذكره هاهنا . ثم أقول : ما ذكره هاهنا مع كونه غير تام في نفسه مستغنى عنه بالكلية بما ذكره من قبل عند قول المصنف فصول في مسائل الشرب : فصل في المياه ، فإنهم قالوا هناك : لما فرغ من إحياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لأن إحياء الموات يحتاج إليه ، وقدم فصل المياه على فصل الكرى لأن المقصود هو الماء انتهى فتأمل (قوله وله أن المقصد من الكرى الانتفاع بالسقى وقد حصل لصاحب الأعلى فلا يلزمه إنفعا غيره) قال صاحب النهاية : والصواب نفع غيره ، لأن الإنفعا في معنى النفع غير مسموع ، كذا وجدت بخط الإمام تاج الدين الزرنوجي ، إلى هنا كلامه . واقتنى أثره جماعة من الشراح ولم يزدوا على ذلك شيئا . وقال صاحب الغاية : استعمل الإنفعا في معنى النفع وهو ضد الضرر ، ولم يسمع ذلك في قواوين اللغة وجاء أرجعته في لغة هذيل بمعنى رجعته ويجوز على قياسه أنفعته بمعنى نفعته . ولكن اللغة لاتصح بالقياس ، ويجوز أن يكون ذلك مهوا من الكاتب بأن يكون في الأصل انفع غير من باب الافتعال اه كلامه . وقال الشراح العيني بعد نقل كلام هؤلاء الشراح على الترتيب المذكور : قلت : لا يلزم أن تكون الهمة هنا للتعدية لكون انفع متعديا بدون الهمة ، بل يجوز أن تكون التعريض من باب أبعته فإن باع متعد ، ولما قصدوا منه التعريض أدخلوا الهمة عليه على قصد أن يكون المفعول معرّضا لأصل الفعل ، فإن معنى أبعته عرضته للبيع وجعلته منتسبا إليه ، وكذلك هاهنا يكون المعنى فلا يلزمه أن يجعل غيره معرّضا لانفع ولا منتسبا إليه انتهى . أقول : ليس هذا بشيء ، إذ مآله أيضا إثبات اللغة بالقياس ، وهو غير صحيح على ما صرحوا به ، ولو صح ذلك لكان قياس ما في الكتاب على أرجعه بمعنى رجعه أولى وأحسن من قياسه على أباعه بمعنى عرضته للبيع كما لا يخفى على ذى فطرة سليمة .

أهل الشفة كما لو امتنع جميع أهل النهر عن كربه فإنهم لا يجبرون على الكرى لحق أهل الشفة . وقوله (ومؤنة كرى النهر المشترك) ظاهر وقوله (فلا يلزمه إنفعا غيره) قال في النهاية : الصواب نفع غيره لأن الإنفعا في معنى النفع غير مسموع . وقوله (لأنهم لا يحصون) يعني فكانوا مجهولين .

(قال المصنف : فلا يلزم إنفعا غيره) أقول : الصواب نفع غيره ، لأن الإنفعا في معنى النفع غير مسموع .

(فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه)

قال (وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانا) لأنه قد يملك بدون الأرض إرثا. وقد يبيع الأرض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى (وإذا كان نهر لرجل يجري في أرض غيره فأراد صاحب الأرض أن لا يجري النهر في أرضه ترك على حاله) لأنه مستعمل له بإجراء مائه. فعند الاختلاف يكون القول

(فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه)

لما قرب الفراغ من بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب (قوله وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانا. لأنه قد يملك بدون الأرض إرثا وقد تباع الأرض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه دعوى البيع) قال في المبسوط: ينبغي في القياس أن لا يقبل منه ذلك. لأن شرط صحة الدعوى إعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الإعلام. ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب كذا في العناية وغيرها. أقول: فيه إشكال. لأن ما ذكره في الكتاب لا يدفع ذلك الوجه المذكور للقياس في المبسوط، إذ لا شك أن المشروط ينتفي بانتفاء الشرط، فإذا انتفى الإعلام الذي هو شرط صحة الدعوى في دعوى الشرب لجهالة جهالة لا تقبل الإعلام انتفى صحة دعوى الشرب قطعا فلا يتصور صحة دعواه بما ذكره في الكتاب من كونه مملوكا بدون الأرض إرثا وباقيا بعد بيع الأرض ومرغوبا فيه وإلا يلزم أن يتحقق المشروط بدون أن يتحقق الشرط، فكيف يصلح ما ذكره في الكتاب أن يكون وجه الاستحسان في مقابلة ذلك الوجه المذكور للقياس في المبسوط، على أن ما ذكره في الكتاب لو كان مصححا لدعوى الشرب مع جهالته لكان مصححا لدعوى غيره أيضا من الأعيان المجهولة مع كونها باطلة قطعا. نعم يصلح ما ذكر في الكتاب أن يكون وجه الاستحسان في مقابلة وجه آخر للقياس مذكور أيضا في المبسوط ومنقول عنه أيضا في النهاية ومعراج الدراية، وهو أن المدعي يطلب من القاضي أن يقضى له بالملك فيما يدعيه إذا ثبت دعواه بالبينة والشرب لا يحتمل التملك بغير أرض فلا يسمع القاضي فيه الدعوى كالخمر في حق المسلمين، فإن ما ذكر في الكتاب يدفع هذا الوجه ويصير جوابا عنه على وجه الاستحسان تأمل تفهم. ثم أقول: الوجه الأول من ذلك الوجهين للقياس في مستثناة هذه وإن كان مذكورا في المبسوط والكافي وكثير من شروح هذا الكتاب بطريق النقل عن المبسوط في بعضها وبطريق الأوصالة في البعض إلا أنه منظور فيه عندي، لأنهم إن أرادوا بقولهم في ذلك الوجه والشرب مجهول جهالة لا تقبل الإعلام أن الشرب مطلقا مجهول جهالة لا تقبل الإعلام فهو ممنوع، فإنه إذا ادعى شرب يوم في الشهر مثلا يصير الشرب هناك معلوما نص عليه في الأصل؛ فإنه قال في باب الشهادات في الشرب من الأصل: وإذا كان نهر لرجل في أرضه فادعى رجل فيه شرب يوم في الشهر وأقام على ذلك شاهدين عدلين تقبل هذه الشهادة ويقضى له بذلك استحسانا، لأنها شهادة قامت على شرب معلوم من

(فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه)

لما قرب من فراغ بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب (يجوز دعوى الشرب بلا أرض استحسانا) قال في المبسوط: ينبغي في القياس أن لا يقبل منه ذلك لأن شرط صحة الدعوى إعلام المدعى في الدعوى والشهادة، والشرب مجهول جهالة لا تقبل الإعلام، ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب. وقوله (ترك على حاله) معناه لم يكن له ذلك.

(فصل في دعوى الشرب)

(قال المصنف: لأنه قد يملك بدون الأرض إرثا) أقول: قد يملك بالإرث ما لا يملك بالبيع كالقصاص والخمر (قال المصنف: وإذا كان النهر لرجل الخ) أقول: أي ماؤه ذكر المحل وأريد الحال (قال المصنف: لأنه مستعمل له بإجراء مائه) أقول: التفسير في قوله

قوله . فإن لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البيئة أن هذا النهر له . أو أنه قد كان مجراه له في هذا النهر بسوقه إلى أرضه ليسقيها فيقضى له لإثباته بالحجة ملكا له أو حقا مستحقا فيه . وعلى هذا المصنف في نهر أو على سطح أو الميزاب أو الممشى في دار غيره . فحكم الاختلاف فيها نظيره في الشرب (وإذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر أراضيمهم) لأن المقصود الانتفاع بسقيها فيقتدر بقدره . بخلاف الطريق لأن المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد . فإن كان الأعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من إبطال حق الباقيين واكتنه يشرب بخصته . فإن تراضوا على أن يسكر الأعلى النهر حتى يشرب بخصته أو اصطالحوا على أن يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز . لأن الحق له . إلا أنه إذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه إضرارا بهم . وليس لأحدهم أن يكرى منه نهر أو ينصب عليه رحي ماء إلا برضا أصحابه . لأن فيه كسر ضمة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء . إلا أن يكون رحي لا يضرب بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في أرض صاحبها لأنه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره .

غير أرض . والشهادة على الشرب من غير أرض مقبولة إذا كان الشرب معلوما . والشرب معلوم لأنهم شهدوا له بشرب يوم من ثلاثين يوما وهو معلوم . إلى هنا لفظ الأصل . وإن أرادوا بذلك أن الشرب قد يكون مجهولا فهو مسلم . ولكن لا يندى شيئا فيما نحن فيه . إذ لا شك أن المراد بصحة دعوى الشرب بغير أرض استحسانا في مسئلتنا هذه صحة دعوى الشرب المعلوم : فإن دعوى الشرب المجهول والشهادة عليه لا تصح أصلا . نص عليه في الأصل أيضا . فإنه قال فيه : وإن شهدوا أن له شرب يوم ولم يسموا عدد الأيام لا تقبل هذه الشهادة لأنهم شهدوا بشرب مجهول لا يمكن القضاء به لأنه لا يدرى أن له شرب يوم من الشهر أو من السنة أو من الأسبوع وجهالة المشهود به تمنع من قبول الشهادة لأنه لا يمكن القضاء بها انتهى (قوله فإن لم يكن في يده) قال في العناية والنهاية : يعني بأن لم يكن مستعملا بإجراء مائه فيه أو لم تكن أشجاره في طرفي النهر انتهى . أقول : في المعنى الأول خلل : إذ لا يخفى على الفطن أنه على تقدير أن يكون مراد المصنف بقوله فإن لم يكن في يده هو المعنى الأول : أي بأن لم يكن مستعملا بإجراء مائه فيه يلزم أن يلغو قوله ولم يكن جاريا . إذ يكون عدم الجريان حينئذ مندرجا في مضمون قوله فإن لم يكن في يده . فيكون قوله ولم يكن جاريا مستندكا محضا . فالوجه هو المعنى الثاني وهو إن لم تكن أشجاره في طرفي النهر . فإن كون أشجاره في طرفي النهر علامة أن يكون هذا النهر له . وجريان مائه فيه علامة أن يكون له مجراه في هذا النهر . فيكون قوله فإن لم يكن في يده إشارة إلى انتفاء العلامة الأولى . وقوله ولم يكن جاريا إشارة إلى انتفاء العلامة الثانية . ويصير معنى مجموع كلامه فإن لم يوجد شيء من العلامتين فعلى المدعى البيئة أن هذا النهر له أو أنه كان له مجراه في هذا النهر فينتظم السياق واللاحق كما ترى . لا يقال : يجوز أن يكون مراد

قوله (فإن لم يكن في يده) يعني بأن لم يكن مستعملا بإجراء مائه فيه أو لم تكن أشجاره في طرفي النهر فعليه : أي فعلى المدعى البيئة أن هذا النهر له إن كان يدعى رقة النهر . أو أنه قد كان مجراه في هذا النهر يسوقه إلى أرضه ليسقيها إن كان يدعى الإجراء في هذا النهر . فإذا أقامها يقضى له لإثباته بالحجة ملكا له : يعني في الأول أو حقا مستحقا فيه : يعني في الثاني . فإن الثابت بالبيئة العادلة كالثابت معاينة . وقوله (فحكم الاختلاف فيها) أي اختلاف المدعين في الأمور المذكورة (نظيره) أي نظير الاختلاف في الشرب وقوله (لأن المقصود الانتفاع بسقيها فيقتدر بقدره) معارض لأنهم قالوا قد استوا في إثبات اليد على الماء الذي في النهر . والمساواة في اليد توجب المساواة في الاستحقاق . وأجيب بأن إثبات اليد على الماء إنما هو بالانتفاع بالماء . وانتفاع من له عشر قطاع لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة فلا يتحقق التساوي في إثبات اليد . وقوله (لم يكن له ذلك) أي لم يكن لصاحب الأعلى السكر (لما فيه) أي في السكر من إبطال حق الباقيين ولكن يشرب بخصته يعني من غير سكر . وقوله (إلا أنه إذا تمكن من ذلك)

له عائد إلى النهر مرادا به المعنى الحقيقي على طريقة الاستخدام (قوله لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة الخ) أقول : أي لا يكون له

ومعنى الضرر بالنهر ما يبناه من كسر ضفته ، وبالماء أن يتغير عن سننه الذى كان يجري عليه ، والدالية والسانية نظير الرحى ، ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم ، بخلاف ما إذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم فأراد أن يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك أو كان مقنطرا مستوثقا فأراد أن ينقض ذلك ولا يزيد ذلك فى أخذ الماء حيث يكون له ذلك لأنه يتصرف فى خالص ملكه وضعا ورفعاً . ولا ضرر بالشركاء بأخذ زيادة الماء ، ويمنع من أن يوسع فم النهر لأنه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه فى أخذ الماء ، وكذا إذا كانت القسمة بالكوى ، وكذا إذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر فيجعلها فى أربعة أذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه ، بخلاف ما إذا أراد أن يسفل كواه أو يرفعها حيث يكون له ذلك فى الصحيح . لأن قسمة الماء فى الأصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع وهو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ، ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فأراد أحدهم أن يقسم بالأيام ليس له ذلك لأن القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه . ولو كان لكل منهم كوى مساة فى نهر خاص ليس لواحد أن يزيد كوة وإن كان لا يضر بأهله لأن الشركة خاصة ، بخلاف ما إذا كانت الكوى فى النهر الأعظم لأن لكل منهم أن يشق نهرًا منه ابتداء فكان له أن يزيد فى الكوى بالطريق الأولى (وليس لأحد الشركاء فى النهر أن يسوق شربه إلى أرض له أخرى ليس لها فى ذلك شرب) لأنه إذا تقادم العهد يستدل به على أنه حقه (وكذا إذا أراد أن يسوق شربه

صاحبه العناية والنهاية تفسر مجموع قول المصنف ، فإن لم يكن فى يده ولم يكن جاريا على أن يكون قولهما بأن لم يكن مستعملا بإجراء مائه فيه ناظرا إلى قوله ولم يكن جاريا ، وأن يكون قولهما أو لم تكن أشجاره فى طرفى النهر ناظرا إلى قوله فإن لم يكن فى يده على طريقة اللف والنشر الغير المرتب . لأننا نقول : مع كون اللف والنشر الغير المرتب فى مثل هذا المقام من قبيل الإنغاز فى الكلام لا يستقيم حينئذ كلمة أو فى قولهما أو لم تكن أشجاره فى طرفى النهر فإنها لأحد الأمرين ، فيلزم أن يكون معنى كلام المصنف : فإن انتفت إحدى العلامتين فعليه البينة . وليس بصحيح ، فإنه إذا انتفت إحداها ووجدت أخرى لا يجب عليه البينة ، ولهذا قال

يعنى إذا اصطلمحوا على السكر ليس لمن يسكر أن يسكر بما ينكس به النهر كالطين ونحوه إذا أمكنه أن يسكر بلوح أو باب خشب لكونه لضرارا بهم فيمنع مافضل عن السكر عنهم إلا إذا رضوا بذلك ، فإن لم يكن لواحد منهم الشرب إلا بالسكر ولم يصطلحوا على شيء يبدأ أهل الأسفل حتى يرووا ، ثم بعد ذلك لأهل الأعلى أن يسكروا لأن فى السكر إحداث شيء فى وسط النهر المشترك ، فلا يجوز ذلك ما بقى حق جميع الشركاء ، وحق أهل الأسفل ثابت ما لم يرووا فكان لهم أن يمنعوا أهل الأعلى من السكر ، وهذا معنى قول ابن مسعود رضى الله عنه : أهل أسفل النهر أمراء على أهل أعلاه حتى يرووا لأن لهم أن يمنعوا أهل الأعلى من السكر وعليهم طاعته فى ذلك ، ومن لزمك طاعته فهو أميرك . وقوله (والدالية والسانية نظير الرحى) الدالية : جذع طويل مركب تركيب مذاق الأرز وفى رأسه مغرفة كبيرة يسقى بها . والسانية : البعير يستقى من البئر . والجسر : اسم لما يوضع ويرفع مما يكون متخذًا من الخشب والألواح . والقنطرة : مما يتخذ من الحجر والأجر موضوعا ليرفع ، وكل ذلك يحدثه من يتخذ فى ملك مشترك فلا يملك إلا برضاهم سواء كان منهم أو من غيرهم . وقوله (وكذا إذا كانت القسمة بالكوى) الكوة : ثقب البيت والجمع كواء بالمد ، وكوى مقصور ، ويستعار لمفتاح الماء إلى المزارع والحدادول فيقال كوى النهر ، ومعناه ليس له أن يوسع الكوة . وقوله (وكذا إذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر فيجعلها فى أربعة أذرع منه) أى من فم النهر ، وهذا تقدير اتفاقى والعبرة للاحتباس .

انتفاع مثل انتفاع من له الخ (قال المصنف وكذا إذا كانت القسمة بالكوى) أقول بكسر الكاف قال الزيلعى : أى ليس له توسيع فم النهر لأنه يحبس الماء فى ذلك الموضع فيدخل فى كونه أكثر ما كان يدخل قبله انتهى . وقال الأكل وغيره : معناه ليس له أن يوسع الكوة

في أرضه الأولى حتى ينتهي إلى هذه الأرض الأخرى) لأنه يستوفي زيادة على حقه : إذ الأرض الأولى تنشف بعض الماء قبل أن تسقى الأرض الأخرى ، وهو نظير طريق مشترك أراد أحدهم أن يفتح فيه بابا إلى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي يفتحها في هذا الطريق . ولو أراد الأعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما أن يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن أرضه كي لا تنزّل ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر . وكذا إذا أراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهما لأن القسمة بالكوى تقدمت إلا أن يراضيا لأن الحق لهما ، وبعض الراضى لصاحب الأسفل أن ينقض ذلك . وكذا لورثته من بعده لأنه إعارة الشرب ، فإن مبادلة الشرب بالشرب باطلة ، والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه . بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود إما للجهاالة أو للغرر ، أو لأنه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره : وإذا بطلت العقود فالوصية بالبطل باطلة ، وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل . ولا في الخلع حتى يجب ردّ

المصنف : ولم يكن جاريا بكلمة الواو إشارة إلى انتفاها معا (قوله والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه . بخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود إما للجهاالة أو للغرر : أو لأنه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره) ذكر المصنف في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع أن الشرب يجوز بيعه تبعاً للأرض باتفاق الروايات ، ومفردا في رواية ، وهو اختيار مشايخ بلخ لأنه حظ من الماء ولهذا يضمن بالإتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكر في كتاب الشرب انتهى . فتوهم بعضهم أن قوله هاهنا حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره يناقض قوله هناك ولهذا يضمن بالإتلاف مناقضة ظاهرة . أقول : ليس ذلك بشيء لأن بناء كلامه في المقامين على الروايتين : فا ذكره هاهنا على رواية الأصل وهو مختار شيخ الإسلام خواهر زاده ، وما ذكره هناك على ما قاله الإمام فخر الإسلام البرزدي . وقد أفصح عنه صاحب الخلاصة حيث قال : رجل له نوبة ماء في يوم معين من الأسبوع فجاء رجل فسقى أرضه في نوبته ، ذكر الإمام على البرزدي أن غاصب الماء يكون ضامنا ، وذكر في الأصل

وصورة هذا إذا كانت الألواح التي فيها الكوة في فم النهر فأراد أن يؤخرها عن ضفة النهر فيجعلها في وسط النهر ويدع فوهة النهر بغير لوح ، ومعنى قوله يسفل كواه : أي يجعلها أعمق مما كانت وهي في ذلك الموضع أو يرفعها إلى وجه الأرض . وقوله (وهو نظير طريق مشترك) يعني من حيث أنه يزيد في الشرب ما ليس له منه حق في الشرب ويزيد من المارة من ليس له حق في المرور وقيد بقوله (ساكنها غير ساكن هذه الدار) لأنه لو كان ساكن الدارين واحدا كان له أن يفتح بابا إلى دار أخرى . وقوله (وكذا إذا أراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهما) بأن يقول لشريكه اجعل لي نصف الشهر ولك نصفه ، فإذا كان في حصتي سددت ما بدا لي منها وأنت في حصتك فتحها كلها فليس له ذلك بعد ما كانت القسمة بينهما بالكوى ، لأن الانتفاع بالماء في القسمة الأولى مستدام وفي الثانية في بعض المدة ، وربما يضر ذلك بصاحب السفلى . وقوله (لأنه إعارة) لأن كل واحد منهما معير لصاحبه نصيبه من الشرب من الشهر لتعذر جعل ما تراضيا عليه مبادلة ، فإن بيع الشرب بالشرب وإجارته به باطل ، وإذا كانت عارية فللمعير أن يرجع متى شاء . وقوله (والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه) بناء على أن الورثة خلفاء الميت فيقومون مقامه في أملاكه وحقوقه ، وعدم جواز بيعه وهبته لا يستلزم عدم جواز ذلك ؛ ألا ترى أن القصاص والدين والخمر يملك بالارث وإن لم يملك بالبيع ونحوه ، والوصية أخت الميراث . وقوله (بعينه) احتراز عن الإيصاء ببيع الشرب كما سنذكره . والخاص أن الشرب بغير الأرض لا يملك بشيء من العقود ، فإذا ساء في النكاح صح النكاح ووجب مهر المثل ، وإذا ساء في الخلع صح الخلع وعليها ردّ

لكن لا يخفى أن ما ذكره الزيلعي أوجه وأولى (قال المصنف : حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره) أقول : ذكر المصنف في باب البيع الفاسد من بيوع هذا الكتاب أن الشرب يجوز بيعه مفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لأنه حظ من الماء ولهذا يضمن بالإتلاف ، وله حظ من الثمن على ما ذكر في كتاب الشرب انتهى . قيل قوله حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره يناقض قوله ولهذا يضمن بالإتلاف

ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة . ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لأنه لا يملك بشيء من العقود . ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون أرض كما في حال حياته . وكيف يصنع الإمام ؟ الأصح أن يضمه إلى أرض لا شرب لها فيبيعها بإذن صاحبها ثم ينظر إلى قيمة الأرض مع الشرب وبدونه فيصرف التفات إلى قضاء الدين . وإن لم يجد ذلك اشترى على تركته الميت أرضا بغير شرب ثم ضم الشرب إليها وباعهما فيصرف من الثمن إلى ثمن الأرض ويصرف الفائض إلى قضاء الدين (وإذا سقى الرجل أرضه أو غيرها ماء) أى ملاءها (فسال من مائها في أرض رجل فغرقها أو نزلت أرض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها) لأنه غير متعد فيه ،

(كتاب الأشربة)

أنه لا يكون ضامنا . ثم قال : وفي فتاوى الصغرى : رجل أثلف شرب رجل بأن يسقى أرضه بشرب غيره . قال الإمام البزدوى : ضمن . وقال الإمام خواهر زاده : لا يضمن وعليه الفتوى انتهى . وأفصح عنه صاحب الكافي أيضا هاهنا حيث قال : حتى لو أثلف شرب إنسان بأن يسقى أرضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الأصل وإن اختار فخر الإسلام أنه يضمن انتهى .

(كتاب الأشربة)

قال جمهور الشراح : ذكر الأشربة بعد الشرب لأنهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى ، وقصد بعض الفضلاء حل مرادهم

ما قبضت من المهر . وإذا جعله بدل الصلح فالمدعى على دعواه إذا لم يكن عن قضاص . فإن كان فعلى القاتل الدية وأرش الجراحة وقوله (والأصح) إشارة إلى وجود الاختلاف . فإن العلماء رحمهم الله اختلفوا في كيفية قضاء الدين من قيمة الشرب ، فمنهم من قال السبيل في ذلك أن يقال للمقومين إن العلماء لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشترى هذا الشرب ، وقال بعضهم : يضم هذا الشرب إلى جريب من الأرض من أقرب ما يكون من هذا الشرب وينظر بكم يشترى مع الشرب وبكم يشترى بدون الشرب فيكون فضل ما بينهما قيمة الشرب ومنهم من يقول يتخذ حوضا ويجمع ذلك الماء فيه في كل نوبة ثم يبيع الماء الذى جمعه بثمان معلوم ثم يقضى دينه بذلك . واختار المصنف رحمه ما ذكره في الكتاب . وقوله (أو غيرها) قال في الصحاح نخرت الأرض : أى أرسلت الماء فيها . وقوله (لأنه غير متعد فيه) يلوح إلى أنه إذا كان متعديا ضمن . وعدم التعدى إنما يكون إذا سقى أرضه سقيا يسقى مثله في العادة وكان ذلك في نوبته . وقبل إن كان جاره تقدم إليه بالأحكام ضمن . وإن لم يتقدم لم يضمن اعتبارا بالحائط المسائل ، والله تعالى أعلم .

(كتاب الأشربة)

ذكر الأشربة بعد الشرب لأنهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى ، وقدم الشرب لمناسبته لإحياء الموات .

مناقصة ظاهرة انتهى . لا يقال : المراد بإتلاف الشرب إتلافه بالكلية وسقى الأرض من شرب غيره لا يستلزمه لأنهم صرحوا بخلافه فليراجع شرح الكنز هناك . وفي الكفاية : هذا على رواية الأصل ، واختيار فخر الإسلام أنه يضمن ؛ انتهى كلام صاحب الكفاية . ثم أقول : فعلى هذا لا مناقصة فيه أصلا لا ابتناء الكلامين على الروايتين ، فاندفع اعتراض صاحب القليل (قوله لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشترى هذا الشرب) أقول : فلعلهم جوزوا بيعه في صورة موت صاحبه مديونا استحسانا على خلاف القياس .

(كتاب الأشربة)

(قوله ذكر الأشربة بعد الشرب لأنهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى) أقول : العرق اللفظي ظاهر وهو الشرب مصدر شرب ؛

سمى بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها . قال (الأشربة المحرمة أربعة : الخمر وهي عصير العنب إذا غلى واشتد وقذف بالزبد . والعصير إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه) وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير (ونقيع التمر وهو السكر ، ونقيع الزبيب إذا اشتد وغلى) أما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع :

بعرق واحد لفظاً ومعنى فقال : العرق اللفظي ظاهر وهو الشرب مصدر شرب ، والعرق المعنوي لعله الأرض ، فإن كلا منهما يخرج منه إما بالواسطة أو بدونها انتهى . أقول : حمل مرادهم بالعرق المعنوي هاهنا على الأرض بناء على خروج الشرب منها بالذات ، وخروج الأشربة منها بالواسطة تعسف جداً لا تقبله الفطرة السليمة . والصواب أن مرادهم بالعرق المعنوي هاهنا هو معنى لفظ الشرب الذي هو مصدر شرب ، فإن كلا منهما مشتق من ذلك المصدر ، ولا بد في الاشتقاق من التناسب بين المشتق والمشتق منه في اللفظ والمعنى ، وهاهنا أيضاً كذلك ، وهذا معنى كونهما شعبتي عرق واحد لفظاً ومعنى ، ويرشد إليه ما ذكر في غاية البيان حيث قال : ذكر كتاب الأشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق وهو اشتراك اللفظين في المعنى الأصلي والحروف الأصول اه . ثم إن من محاسن ذكر الأشربة بيان حرمتها ، إذ لا شبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي هو ملاك معرفة الله تعالى وشكر إنعامه . فإن قيل : ما باله حل للأثم السابقة مع احتياجهم أيضاً إلى العقل ؟ أجيب بأن السكر حرام في جميع الأديان ، وحرّم شرب القليل من الخمر علينا كرامة لنا من الله تعالى لئلا تقع في المحذور بأن يدعو شرب القليل منها إلى شرب الكثير ونحن مشهود لنا بالخيرية . فإن قيل : هلا حرمت علينا ابتداء والداعي المذكور موجود ؟ أجيب إما بأن الشهادة بالخيرية لم تكن إذ ذاك ، وإما لتدرج الضاري لئلا ينفر من الإسلام ، كذا في العناية . أقول : في كل من وجهي الجواب الثاني نظر . أما في وجهه الأول فلأن الشهادة بالخيرية وإن لم تكن في ابتداء الإسلام ، إلا أن نفس خيرية هذه الأمة كانت في الابتداء والانتها كما لا يخفى على أحد ، وهي كافية في الكرامة فلا يتم التقريب . وأما في وجهه الثاني فلأن نفرة الضاري بالخمر : أي المعتاد بها من الإسلام بتحريم الخمر يوجد بتحريمها في أي وقت كان ، فإنها إذا لم تحرم في ابتداء الإسلام كان الضاري بها على حاله في ابتداء الإسلام أيضاً ، فإذا حرم بعد ذلك لزم أن ينفر عنه على مقتضى صعوبة ترك المعتاد . وأيضاً احتمال كون الاعتياد بخيخ باعثاً على التنفر عن الإسلام عند النهي عن تعاطي ذلك الخبيث متحقق في كثير من المنكرات التي نهى عنها في ابتداء الإسلام . مع أنه لم يعتبر ذلك في مقابلة ظهور شرف الإسلام فهاهنا أيضاً ينبغي أن يكون كذلك ، فالوجه الوجه في الجواب عن السؤال الثاني ما ذكره صاحب النهاية حيث قال : فإن قيل : هلا حرمت الخمر في ابتداء الإسلام مع وجود هذه الحكمة ؟ قلنا : أباحه الله تعالى في ابتداء الإسلام ليعاين الفساد في الخمر ، حتى إذا حرم عليهم عرفوا منه الحق لديهم . وليس الخبر كالمعاينة انتهى (قوله سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها) يعني سمي

ومن محاسنه بيان حرمتها ، إذ لا شبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي هو ملاك معرفة الله تعالى وشكر إنعامه . فإن قيل : ما باله حل للأثم السالفة مع احتياجهم إلى ذلك . أجيب بأن السكر حرام في جميع الأديان وحرّم شرب القليل علينا من الخمر كرامة لنا من الله تعالى لئلا تقع في المحذور ونحن مشهود لنا بالخيرية . فإن قيل : هلا حرمت ابتداء والداعي المذكور موجود . أجيب إما بأن الشهادة بالخيرية لم تكن إذ ذاك وإما لتدرج الضاري لئلا ينفر من الإسلام (وسمى هذا الكتاب بها) أي بالأشربة (وهي جمع شراب) اسم لما هو حرام منه عند أهل الشرع لما فيه من بيان حكمها . قال (الأشربة المحرمة أربعة الخ) الأشربة المحرمة أربعة : الخمر ، وهي عصير العنب

والعرق المعنوي لعله الأرض فإن كلا منهما يخرج منه إما بالواسطة أو بدونها (قوله ومن محاسنه بيان حرمتها إلى قوله إلى ذلك) أقول : الضمير في حرمتها راجع إلى الأشربة وضمير باله إلى « ما » في قوله ما يزيل وأشار بقوله ذلك إلى العقل والمعنى ما بال الشيء الذي يزيل العقل حل للأثم السالفة مع احتياج الأثم السالفة إلى العقل (قوله فإن قيل : هلا حرمت ابتداء) أقول : يعني هلا حرمت لنا ابتداء (قوله أجيب إما بأن الشهادة بالخيرية لم تكن إذ ذاك) أقول : الشهادة وإن تأخرت وجوداً لكنها عامة لأول هذه الأمة وآخرها (قال المصنف : سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها) أقول : أي بيان حكم أنواعها ، ولعل ذلك تهديد العذر لعنوانه الكتاب

أحدها في بيان مائيتها وهي التي من ماء العنب إذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند أهل اللغة وأهل العلم . وقال بعض الناس : هو اسم لكل مسكر لقوله عليه الصلاة والسلام « كل مسكر خمر » وقوله عليه الصلاة والسلام « الخمر من هاتين الشجرتين » وأشار إلى الكرمة والنخلة ، ولأنه مشتق من مخمرة العقل وهو موجود في كل مسكر . ولنا أنه اسم خاص بإطباق أهل اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره غيره .

هذا الكتاب بالاشربة : أي أضيف إليها ، والحال أن الأشربة جمع شراب ، وهو اسم في اللغة لكل ما يشرب من المائعات سواء كان حراما أو حلالا ، وفي استعمال أهل الشرع اسم لما هو حرام منه وكان مسكرا لما فيه : أي في هذا الكتاب من بيان حكمها : أي حكم الأشربة كما سمي كتاب الحدود لما فيه من بيان حكم الحدود ، وكما سمي كتاب البيوع لما فيه من بيان حكم البيوع . هذا زبدة ما ذكرناه من جملة الشروح والكافي مع نوع زيادة في حل الألفاظ . قال بعض الفضلاء : في تفسير قوله من بيان حكمها : أي بيان حكم أنواعها ، وقال : ولعل ذلك تمهيد العذر لعنوانه الكتاب بصيغة الجمع : يعني إنما عنون بها لأن فيه بيان أحكام أنواعها كما في البيوع ، أو لإضافة الكتاب إلى الأعيان ، والفقهاء يبحثون عن أفعال المكلفين ، فوجهه حينئذ أن الحكم وهو الحرمة هاهنا وصف للأعيان لا للأفعال فلذلك عنون بالأعيان ويعلم منه حال الأفعال ، والتفصيل في كتب الأصول خصوصا التلويح في أوائل القسم الثاني ، إلى هنا كلامه . أقول : ليس لتوجيهه الذي ذكره لإضافة الكتاب إلى الأعيان معنى محصل ، لأنه إن أراد أن الحكم وهو الحرمة هاهنا وصف للأعيان حقيقة لا للأفعال فهو ممنوع ، إذ قد تقرر في كتب الأصول سيما في التلويح في أوائل القسم الثاني أن إضافة الحل والحرمة إلى الأعيان كحرمة الميتة والخمر والأمهات ونحو ذلك مجاز عند كثير من المحققين من باب إطلاق اسم الحل على الحال ، أو هو مبني على حذف المضاف : أي حرم أكل الميتة وشرب الخمر ونكاح الأمهات للدلالة العقل على الحذف والمقصود الأظهر على تعيين المحذوف . وأما عند بعضهم وإن كانت إضافة الحل والحرمة إلى الأعيان حقيقة لوجهين مفصلين في محله ، إلا أن كون إضافتهما إلى الأفعال حقيقة ما لم ينكره أحد قط ، بل من يقول بكون إضافتهما إلى الأعيان حقيقة إنما يقيس إضافتهما إلى الأعيان على إضافتهما إلى الأفعال في كونها حقيقة ، ويستمد بذلك في توجيهه مذهبه ، فلا مجال للقول بأن الحرمة وصف للأعيان حقيقة لا للأفعال على كلا المذهبين . وإن أراد أن الحرمة هاهنا وصف للأعيان مجازا لا للأفعال لا يتم قوله فلذلك عنون بالأعيان : لأن كون الحرمة وصفا للأعيان مجازا لا يقتضي أن يعنون الكتاب بالأعيان ، بل رعاية جانب الحقيقة في العنوان أولى وأحسن بلا ريب ، فكان الذي ينبغي أن يعنون بالفعل بأن يقال كتاب شرب الأشربة حتى يراعى كون الفقه باحثا عن أفعال المكلفين بلا كلفة أن يقال ويعلم منه حال الأفعال . وبالحملة توجيهه المذكور ليس بتمام على كل حال (قوله أحدها في بيان ماهيتها) وقع في بعض النسخ مائيتها بدل ماهيتها . قال في غاية البيان : المائية بمعنى الماهية ، وهي ما به الشيء هو هو كماهية الإنسان وهي حيوان ناطق انتهى . قلت : وفي نسخة مائيتها هاهنا إيهام لطيف لما في قوله وهي التي من ماء العنب تبصر ثقف (قوله ولنا أنه اسم خاص بإطباق أهل اللغة فيما ذكرناه) أقول : لمناخ أن يمنع إطباق أهل اللغة على أنه اسم خاص للتي من ماء العنب إذا صار مسكرا ؛ ألا يرى أنه قال في قاموس اللغة : الخمر ما أسكر من عصير العنب أو عام . وقال : والعموم أصح لأنها حرمت وما بالمدينة خمر عنب ، وما كان شرابهم إلا البسر والتمر انتهى . وهذا صريح في أن الخمر عند بعض أهل اللغة يعم

إذا غلى واشتد ، والمراد بالاشتداد صلاحيته للإسكار وكلامه واضح . وقوله (وقال بعض الناس) قيل يريد به مالكا والشافعي وجههما الله . وقوله (فيما ذكرناه) إشارة إلى التي من ماء العنب . وقوله (في غيره) أي واشتهر في غير التي من ماء العنب إذا صار

بصيغة الجمع : يعني إنما عنون بها لأن فيه بيان أحكام أنواعها كما في البيوع ، أو لإضافة الكتاب إلى الأعيان ، والفقهاء يبحثون عن أفعال المكلفين ، فوجهه حينئذ أن الحكم وهو الحرمة هنا وصف للأعيان لا للأفعال فلذلك عنون بالأعيان ، ويعلم منه حال الأفعال والتفصيل في كتب الأصول خصوصا التلويح في أوائل القسم الثاني (قال المصنف : وهو التي من ماء العنب) أقول : ذكر الضمير الراجع إلى الخمر

ولأن حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية ،

ماء العنب وغيره ، وأن العموم أصح عند صاحب القاموس (قوله ولأن حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية) قال صاحب غاية البيان : بيانه أن النبي المسكر من ماء العنب خمر قطعا وبقينا لثبوت ذلك بالإجماع فيرتب عليه الحرمة القطعية ، فأما سائر الأشربة في تسميتها خمرًا شبهة ، لأن فيها خلافا بين أهل العلم ، وأدنى درجات الاختلاف إرثا شبهة فكيف ترتب الحرمة الثابتة قطعا على ما فيه شبهة ، لأن بالشبهة لا يثبت القطع واليقين انتهى . أقول : في هذا البيان خلل : فإنه جعل فيه مدار كون الحرمة في غير النبي المسكر من ماء العنب ظنية باختلاف العلماء في تسمية ذلك خمرًا وليس بسديد : إذ المصنف بصدد بيان بطلان ذلك الاختلاف وإثبات أن غير النبي المسكر من ماء العنب لا يسمى خمرًا ، فلو كان مدار ظنية حرمة غير ذلك اختلافهم في تسميته خمرًا لزم المصادرة على المطاوب ، فكأنه قال : الخمر مسمى النبي من ماء العنب إذا صار مسكرًا ، وغيره ليس بخمر كما زعمه بعض الناس ، لأن حرمة الخمر قطعية وحرمة غير النبي من ماء العنب ظنية ، لأننا خالفنا في كون غير ذلك خمرًا وقلنا : إن اسم الخمر يخص النبي من ماء العنب لا يطلق على غير ذلك ، فأورث خلافنا في ذلك شبهة في كونه خمرًا فلم تكن حرمة قطعية . وفي هذا مصادرة كما ترى . وقال صاحب العناية في بيان هذا المقام : يعني أن حرمة الخمر ثابتة بالإجماع فتكون قطعية ، وما هو قطعي لا يثبت إلا بقطعي ، وكون النبي من ماء العنب خمرًا قطعي بلا خلاف فيثبت به ، بخلاف غيره فإن فيه اختلافًا بين العلماء ، وأدنى درجات الاختلاف إرثا شبهة فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني انتهى . أقول : وفيه أيضا خلل . أما أولا فلما مر آتفا من استلزامه المصادرة على المطلوب ، فإن الظاهر من قوله فإن فيه اختلافًا بين العلماء في مقابلة قوله وكون النبي من ماء العنب خمرًا قطعي بلا خلاف أن يكون مراده باختلاف العلماء في غير النبي من ماء العنب اختلافهم في كونه خمرًا فيقول إلى ما ذكر في غاية البيان . وأما ثانيا فلأن قوله فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني كلام غير صحيح لا ارتباط بما قبله ، لأن مدلول ما قبله أن غير النبي من ماء العنب مما وقعت فيه شبهة باختلاف العلماء في حقه ، فاللازم منه أن تكون حرمة ظنية ، فإن أراد بقوله فتكون الحرمة قطعية فتكون حرمة غير النبي من ماء العنب قطعية لم يكن التفريع صحيحا قطعا ، وإن أراد به فتكون حرمة الخمر قطعية لم يصح قوله والدليل عليها ظني ، إذ لا شك أن دليل حرمة الخمر قطعي كما أفصح عنه في صدر بيانه حيث قال : يعني أن حرمة الخمر ثابتة بالإجماع فتكون قطعية ، وما هو قطعي لا يثبت إلا بقطعي . فالحق في شرح كلام المصنف هاهنا ما ذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قال : يعني فلا يصح أن يصرف تحريمها إلا إلى عين تثبت الحرمة في تلك العين قطعا ، وغير النبي ليس بتلك المثابة لمكان الاجتهاد فيه انتهى . فلمنهما لم يريدوا بالاجتهاد فيه الاجتهاد في تسميته خمرًا حتى يلزم المصادرة على المطلوب ، بل أرادوا به الاجتهاد في عدم حرمة كما أشار إليه المصنف فيما بعد حيث قال في العصور إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثه بعد بيان أنه حرام عندنا . وقال الأوزاعي : إنه مباح ، وقال في نقيع التمر بعد بيان أنه حرام . وقال شريك بن عبد الله إنه مباح ، وقال في نقيع الزبيب بعد بيان أنه حرام إذا اشتد وغلى ، ويتأتى فيه خلاف الأوزاعي . ثم إن بعض الفضلاء طعن في هذا التعليل المذكور

مسكرا غير لفظ الخمر كالمثلث والطاء والباق والمصنف . وقوله (ولأن حرمة الخمر قطعية) يعني أن حرمة الخمر ثابتة بالإجماع فتكون قطعية ، وما هو قطعي لا يثبت إلا بقطعي ، وكون النبي من ماء العنب خمرًا قطعي بلا خلاف فيثبت به ، بخلاف غيره فإن فيه اختلافًا بين العلماء رحمهم الله . وأدنى درجات الاختلاف إرثا شبهة فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني .

واعتبار الخبر ، لأن الخمر قد يذكر ، صرح به في القاموس (قال المصنف : ولأن حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية) أقول : هذا التعليل ينبغي أن يكون لأب حنيفة ، وإلا فمندها إذا اشتد ولم يقذف بالزبد هو خمر مع أنها ظنية لثبوت الاختلاف المورث للشبهة فينتقص تعليلها لو علاه به فليتأمل (قوله وأدنى درجات الاختلاف إرثا شبهة فتكون الحرمة قطعية) أقول : لا يقول الخصم بقطعية حرمة غير النبي ؛ ألا يرى أنهم لا يكفرون مستحل فلا يتوجه عليهم الإلزام ، وهذا كالأرباب فإن حرمة قطعية ، وحرمة بيع الحنف بالحنف متفاضلا مثلا ليست بقطعية (قوله وما يدل عليها ظني) أقول : الواو للحال .

وإنما سمي خرا لتخمره لانخامرته العقل . على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه .

من قبلنا حيث قال : لا يقول الخصم بقطعية حرمة غير النبي : ألا يرى أنهم لا يكفرون مستحله فلا يتوجه عليهم الإلزام . وهذا كالربا فإن حرمة قطعية وحرمة بيع الحفن بالحفن متفاضلا مثلا ليست بقطعية انتهى . أقول : ليس هذا بشيء . لأن عدم قول الخصم بقطعية حرمة غير النبي من ماء العنب لا ينافي توجه الإلزام عليهم ، بل بذلك يتوجه الإلزام عليهم لأن حرمة الخمر قطعية بلا ريب لما سيأتى في الكتاب أن الله سبحانه وتعالى سمي الخمر في كتابه الكريم رجسا والرجس ما هو محرم العين . وقد جاءت السنة متواترة أن النبي صلى الله عليه وسلم حرّم الخمر وعليه انيقد إجماع الأمة ، وما ثبت بهذه الأدلة القطعية قطعي جزما ، فإذا لم يقل الخصم بقطعية حرمة غير النبي من ماء العنب تعين أن لا يكون غير النبي خرا إذا لاشك أن قطعية الحرمة وعدم قطعيها لا يجتمعان في محل واحد ، فقد توجه عليهم الإلزام في قولهم إن كل مسكر خمر ، وتنظيره الذي ذكره بقوله وهذا كالربا إلى آخره لا يخلو شيئا ، لأن علة الربا عندنا الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس . وعند الشافعي الطعم في المطعومات والتمنية في الأثمان . ففي بيع الحفنة بالحفنة متفاضلا لا يوجد الربا عندنا لعدم وجود علته فلا يحرم ذلك البيع . وأما عند الشافعي فيوجد فيه الربا لوجود علته فيحرم فكأن حرمة الربا قطعية يصير حجة على الشافعي هناك أيضا لمثل ما قلنا هاهنا فلا فائدة في التنظير أصلا (قوله وإنما سمي خرا لتخمره لانخامرته العقل) قال بعض الفضلاء : ولك أن تقول هذا منع لا يضر انتهى . أقول : ليس هذا بسديد ، إذ لا نسلم أولا أن هذا منع بل يجوز أن يكون معارضة : يعني إنما سمي خرا لتخمره : أي لتشده وقوته . وهذا المعنى لم يوجد في غير النبي من ماء العنب فلم يكن غيره خرا ، ويشير إليه تفسير تاج الشريعة وصاحب الكفاية هاهنا حيث قال : أي لتشده وقوته فإن لها شدة وقوة ليست لغيرها حتى سميت أم الحباث انتهى . ولئن سلم أن ذلك منع لامعارضة فلا وجه لقوله لا يضر ، فإن المقصود بهذا الكلام إنما هو الجواب عن استدلال الخصم على كون الخمر اسما لكل مسكر بقوله ولأنه مشتق من تخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر . فإنه إذا منع قوله لأنه مشتق من تخامرة العقل تسقط هذه المقدمة من الاستدلال المذكور فلا يتم دلائل الخصم علينا وهو عين الضرر له . ثم إن صاحب العناية قال في شرح كلام المصنف هذا : وقوله وإنما سمي يعني غير النبي من ماء العنب خرا لتخمره : أي لصيرورته مرا كالخمر لانخامرته جواب عن قولهم سمي خرا لتخمره العقل انتهى . أقول : هذا شرح فاسد لا يطابق المشروح أصلا ، إذ حينئذ لا يظهر الجواب عن قولهم المذكور ولا يرتبط به قول المصنف فيما بعد ، على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه ، ولعمري إن هذا الشرح عجيب من مثل ذلك الشارح . وكان لنا أن نحمل كلمة غير في قوله يعني غير النبي على السهو من قلم الناسخ الأول لولا قوله كالخمر في قوله أي لصيرورته مرا كالخمر ، فإن التشبيه بالخمر يقتضي أن يكون المشبه غير الخمر وهو غير النبي من ماء العنب . والصواب في شرح هذا المقام أن يقال : يعني إنما سمي النبي من ماء العنب خرا لتخمره : أي لتغيره واشتداده وهذا المعنى غير موجود في غيره فلم يكن خرا لانخامرته العقل : أي ليست التسمية لتخمرة العقل : أي ستره العقل حتى يوجد وجه التسمية في غير النبي من ماء العنب أيضا فيكون خرا ، فحينئذ ينتظم الارتباط بالسباق واللاحق كما لا يخفى . وقال جماعة من الشراح في تفسير قول المصنف لتخمره : أي لصيرورته خرا . أقول : هذا تفسير خال عن التحصيل موذ إلى

وقوله (وإنما سمي) يعني غير النبي (خرا لتخمره) أي لصيرورته مرا كالخمر لانخامرته ، جواب عن قولهم سمي خرا لتخمرة العقل . ولئن سلمنا أنه مشتق منها لكن لا ينافي اختصاصه بالنبي من ماء العنب لجواز أن يكون المشتق مخصوصا ، فإن النجم مشتق من نجم إذا ظهر ، ثم هو خاص بالثريا ، وكالقارورة مشتق من القرار ولا يستعمل في الكوز وإن وجد فيه القرار وأنظاره

(قوله وإنما سمي : يعني غير النبي خرا لتخمره الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه حينئذ لا يرتبط الجواب للمجاب عنه ، لأن تقرير كلامهم فيه كلما كانت الخمر مشتقة من التخامرة ، فكل ما يوجد فيه معنى التخامرة فهو خمر ، لكن المقدم حق والتالي مثله فليتأمل (قال المصنف : وإنما سمي خرا لتخمره) أقول : ولك أن تقول : هذا منع لا يضر .

فإن النجم مشتق من النجوم وهو الظهور . ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل مظهر وهذا كثير النظير . والحديث الأول طعن فيه يحيى بن معين رحمه الله . والثاني أريد به بيان الحكم إذ هو اللائق بمنصب الرسالة . والثاني في حق ثبوت هذا الاسم وهذا الذى ذكره في الكتاب قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما إذا اشتد صار خمرًا . ولا يشترط القذف بالزبد لأن الاسم يثبت به . وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد

إلى تحليل الشيء بنفسه كما يشهد به التأمل الصادق (قوله فإن النجم مشتق من النجوم وهو الظهور : ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل مظهر) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل : فإن النجم مشتق من نجم إذا ظهر ثم هو خاص بالثريا انتهى . وتبعه العيني . أقول : هذا شرح غير صحيح لا يطابق المشرح . لأن النجم إنما كان اسماً خاصاً بجنس الكوكب موضوعاً له لظهوره . ثم صار علماً للثريا بلا وضع واضح معين . بل لأجل الغلبة وكثرة استعماله في فرد من أفراد جنسه كما هو حال سائر الأعلام الغالبة على ما تقرر في موضعه . والظاهر أن مراد المصنف بقوله ثم هو اسم خاص للنجم المعروف أنه اسم خاص للظاهر المخصوص وهو جنس الكوكب لا أنه علم خاص لشخص معين من أفراد جنس الكوكب وهو الثريا لأن معنى الظهور إنما لوحظ في مرتبة كون النجم اسماً موضوعاً بجنس الكوكب لائى مرتبة كونه علماً لشخص معين من ذلك الجنس وهو الثريا ، فإن كونه علماً له إنما كان بمجرد الغلبة وكثرة الاستعمال فيه لا ملاحظة معنى فيه . ولهذا يقال للأعلام الغالبة أعلام اتفاقية ، وهذا كله مما لاسترة به عند من له دربة بالعلوم الأدبية . وكأن صاحب العناية إنما اغترى بلفظ المعروف في قول المصنف اسم خاص للنجم المعروف . إلا أن مراده بالنجم المعروف الجنس المخصوص المعروف بإطلاق لفظ النجم عليه من بين ما يوجد فيه معنى الظهور مطلقاً وهو جنس الكوكب تأمل ترشد (قوله والثاني أريد به بيان الحكم) قال في غاية البيان والعناية : يعنى إذا أسكر كثيره كان حكمه في الإسكار حكم الخمر في الحرمة وثبوت الحد انتهى . أقول : فيه بحث . لأن حاصله تفسير الحكم في قوله والثاني أريد به بيان الحكم بالحرمة وثبوت الحد عند إسكار كثيره وليس بتمام . لأن قوله عليه الصلاة والسلام « الخمر من هاتين الشجرتين » يفيد الحصر كقوله عليه الصلاة والسلام « الأئمة من قريش » على ما تقرر في موضعه . فلو كان المراد منه بيان الحكم بالمعنى المذكور في ذينك الشرحين لزم أن لا يصح الحصر والتخصيص بهاتين الشجرتين مشيراً بهما إلى الكرمة والنخلة . لأن المعنى المذكور فيهما وهو الحرمة وثبوت الحد عند إسكار الكثير يتحقق في غير تينك الشجرتين أيضاً ، فإن نبيد العسل والتين ونبيد الحنطة والذرة والشعير وإن كان حالاً عند أبى حنيفة وأبى يوسف إذا لم يصل مرتبة الإسكار وكان من غير لحو وطرب ، إلا أنه إذا أسكر كثيره صار حراماً بالإجماع . وبيّث به الحد على القول الأصح كما سيجىء في الكتاب . والحق أن المراد بالحكم الذى أريد بيانه بالحديث الثاني هو حرمة قليلة وكثيره . وهذا المعنى لا يتحقق في المتخذ من غير تينك الشجرتين فيصح الحصر المستفاد من ذلك الحديث بلا غبار . وعبارة صاحب الكافي في تفسير المراد بالحكم هاهنا وإن لم تكن صريحة في حرمة القليل والكثير معا ، إلا أنها بإجمالها لاتنافية بل تساعدنا حيث قال : والمراد بالثاني بيان الحكم وهو الحرمة لا بيان الحقيقة ، واقتنى أثره تاج الشريعة وصاحب الكفاية (قوله لأن الاسم يثبت به ، وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد) أقول : فيه نظر ، لأن

كثيرة . وقوله (والحديث الأول) يريد به « كل مسكر خمر » روى عن يحيى بن معين رحمه الله أنه قال : الأحاديث الثلاثة ليست بثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أحدها قوله عليه الصلاة والسلام « لا نكاح إلا بولي » وشاهدى عدل » والثاني « من مس ذكره فليتوضأ » والثالث « كل مسكر خمر » وكان يحيى بن معين إماماً حافظاً متقناً حتى قال أحمد بن حنبل رحمه الله : كل حديث لا يعرفه يحيى بن معين فليس بحديث . وقوله (والثاني) يريد به الخمر من هاتين الشجرتين (أريد به بيان الحكم) يعنى إذا أسكر كثيره كان حكمه في الإسكار حكم الخمر في الحرمة وثبوت الحد ، إذ هو اللائق بمنصب الرسالة لكونه مبعوثاً لبيان الشرائع

(قال المصنف : فإن النجم مشتق من الظهور) أقول : أى من النجوم الذى بمعنى الظهور ، فى كلامه مسامحة (قال المصنف : والحديث الأول طعن فيه يحيى بن معين) أقول : مع أنه يمكن أن يجاب عنه بما أعجب به الحديث الثانى (قال المصنف : وعندها إذا اشتد) أقول : يعنى ثبت الاسم به إذا اشتد ، والمراد الاسم الشرعى (قال المصنف : لأن الاسم يثبت به) أقول : أى بالاشتداد ، لكن أباً حنيفة رحمه الله

بالاشتداد . ولأبي حنيفة رحمه الله أن الغليان بداية الشدة وكماها بقذف بالزبد وسكونه . إذ به يتميز الصافي من الكدر . وأحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحذر وإكفار المستحل وحرمة البيع . وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطاً . والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه : ومن الناس من أنكر حرمة عينها وقال إن السكر منها حرام . لأن به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله . وهذا كفر لأنه جحد الكتاب فإنه تعالى سماه رجساً والرجس ما هو محرم العين . وقد جاءت السنة متواترة « أن النبي عليه

قوله لأن الاسم يثبت به مصادرة على المطلوب . لأن مدعاهما ثبوت هذا الاسم بمجرد الاشتداد بدون اشتراط القذف بالزبد ولا يسلمه أبو حنيفة رحمه الله بل يقول بأشراط القذف بالزبد : فتعليل مدعاهما بثبوت هذا الاسم بالاشتداد لتعليل الشيء بنفسه . وقوله وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد يشعر بكون حرمة الخمر معلولة . وهذا يناقض ما صرح به فيما بعد من أن عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه . وقد شرح الشارح الكاكي قول المصنف هذا بما هو أظهر في المناقاة حيث قال : وكذا المعنى المحرم وهو الإسكار يحصل بالاشتداد وهو المؤثر في الفساد : أي الإسكار مؤثر في إيقاع العداوة والصد عن ذكر الله تعالى اه . إذ لا يخفى أن هذا إنما يلازم قول من قال إنها معلولة بالسكر كما ذكره المصنف فيما بعد بقوله ومن الناس من أنكر حرمة عينها . وقال : السكر منه حرام لأن به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله تعالى فتأمل (قوله ولأبي حنيفة أن الغليان بداية الشدة وكماها بقذف الزبد وسكونه إذ به يتميز الصافي من الكدر : وأحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحذر وإكفار المستحل وحرمة البيع) أقول : لقائل أن يقول : الكلام في هذا الموضع في حد ثبوت اسم الخمر لا في حد ترتب الأحكام الشرعية عليه فيجوز أن يثبت اسم الخمر في بداية الشدة ويشترط ترتب الأحكام الشرعية عليه بكماها فلا يتم التقريب . ويمكن أن يقال : الكلام هاهنا في حد ثبوت اسم الخمر في الشرع لا في حد ثبوته في اللغة فقط ، فإذا ثبت اسمها الشرعي يلزم أن يترتب عليها الأحكام الشرعية بلا تراخ فيه فيتم التقريب تدبر (قوله والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر) قال بعض الفضلاء : فرق ما بين السكر والإسكار فلا يخالف هذا القول لما مر من قوله وكذا المعنى المحرم انتهى . أقول : ليس هذا بشيء . لأن السكر لازم الإسكار ومطاوله فلا يفرقان في التحقيق ، فالتعليل بأحدهما يؤدي إلى التعليل بالآخر . ومجرد الفرق بينهما في المفهوم لا يجدي شيئاً فقها هاهنا كما لا يخفى ، كيف ولا شك أن مراد المصنف بيان كون حرمتها لعينها غير معلولة بشيء مآ أصلاً . لأنها غير معلولة بالسكر ولكنها معلولة بشيء آخر كالإسكار . لأن ما ذكره فيما بعد من لزوم الكفر وجحد كتاب الله تعالى إنما يترتب على ادعاء كونها معلولة بما بنى كونها محرمة العين مطلقاً لا على ادعاء كونها معلولة بالسكر فقط ، وإنما قال غير معلول بالسكر لكون الواقع في كلام

للابيان الحقائق . وقوله (وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطاً) يعني وفي الحد يؤخذ بقذف الزبد احتياطاً أيضاً . وقوله (وهذا) أي إنكار حرمة عينها (كفر) من المنكر وإن كان قليلاً لحرمة السكر منه (لأنه جحد الكتاب) يعني قوله تعالى - يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر ، إلى قوله تعالى : فهل أنتم متهمون - وقد ذكرنا دلالة على ذلك في «الإشراق شرح مشارق الأنوار» على أحسن ما يكون فليطلب منه ثمة . وقوله (وقد جاءت السنة متواترة) معناه جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم في الخمر أحاديث كلها تدل على حرمة الخمر ، وكل واحد منها إن لم يبلغ حد التواتر فالقدر المشترك منها متواتر ، كشجاعة على رضى الله

تعالى يمنع هذه المقدمة إن كان المراد الاسم الشرعي ، وكيف لا وفيه المصادرة ، وإن كان النوى يمنع الاستلزام : أي استلزام ثبوت النوى ثبوت الشرعي (قال المصنف : ولأبي حنيفة أن الغليان بداية الشدة وكماها بقذف الزبد الخ) أقول : فعل هذا يكون تعريف الخمر بالنوى من ماء العنب إذا صار مسكراً تعريفاً بالأعم عند أبي حنيفة . ويقال : المطلق ينصرف إلى الكامل ، وكما الإسكار بقذف الزبد ، فالمراد بالمسكر عنده هو الكامل في الإسكار ، يفهم ذلك من تقرير دليله (قال المصنف : والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر) أقول : فرق ما بين السكر والإسكار ، فلا يخالف هذا القول لما مر من قوله وكذا المعنى المحرم (قوله قد ذكرنا دلالة على ذلك في «الإشراق شرح مشارق الأنوار») أقول : وفي شرح حديث «إن الله حرم الخمر الخ»

الصلاة والسلام حرّم الخمر، وعليه انعقد الإجماع، ولأنّ قليله يدعو إلى كثيره وهذا من خواص الخمر، ولهذا تزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه، بخلاف سائر المطعومات. ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه إلى سائر المسكرات، والشافعي رحمه الله يعدّيه إليها، وهذا بعيد لأنّه خلاف السنة المشهورة وتعليله لتعدية الاسم، والتعليل في الأحكام لافى الأسماء. والرابع أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بينا. والخامس أنه يكفر مستحلها لإنكاره الدليل القطعي. والسادس سقوط تقوّمها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لأن الله تعالى لما نجسها فقد أهانها والتقوّم يشعر بعزّتها. وقال عليه الصلاة والسلام

المنكر هذه العبارة تبصر تفهم (قوله والشافعي يعدّيه إليها، وهذا بعيد لأنّه خلاف السنة المشهورة) قال تاج الشريعة: وهى ما روى ابن عباس من قوله صلى الله عليه وسلم «حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب» وقالوا: ولما كانت حرمتها لعينها لا يصح التعليل لأن التعليل حينئذ يكون مخالفا للنص انتهى. أقول: لقائل أن يقول: إن كان تعليلها وتعدّيها إلى غيرها منافيا لحرمة عينها يلزم من تعليلها وتعدّيها إلى سائر المسكرات المخالفة لكتاب الله تعالى أيضا فإنه سباه رجسا، والرجس ماهو محرم العين كما مر، والسنة المتواترة وإجماع الأمة أيضا على ما مر من قبل، وذلك يؤدى إلى جحود تلك الأدلة القطعية، وحاشى للشافعي من ذلك، وإن لم يكن تعليلها وتعدّيها إلى غيرها منافيا لحرمة عينها بل كانت حرمة عينها ثابتة بتلك الأدلة القطعية وحرمة عين غيرها ثابتة بتعدية حرمة عينها إلى حرمة عين غيرها بطريق القياس لم يتم القول بأنه خلاف السنة المشهورة، لأن مدلول السنة المشهورة إنما هو حرمة عين الخمر، والفرض أن تعدّيها إلى غيرها لا ينافى حرمة عينها. ثم أقول: الحق عندى هاهنا أن تعليلها بالإسكار ينافى حرمة عينها، لأن قليلا ليس بمسكر فيلزم أن لا يكون قليلا حراما على مقتضى التعليل بالإسكار، ويلزم منه أن لا يكون عينها حراما، لكن الشافعي لم يقل بتعليلها بالإسكار، وأما تعليلها بما هو غير منفك عن عينها بل هو لازم لها كالخامرة ونحوها، فالظاهر أنه لا ينافى حرمة عينها، والشافعي إنما قال بتعليلها بالخامرة فعدى حكمها إلى غيرها من المسكرات حتى أوجب الحد بشرب قطرة من الباذق قياسا على الخمر كما صرح به في الكافي والشروح فن أبن يلزمه المخالفة للسنة المشهورة (قوله والرابع أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بينا) أقول: فيه شيء وهو أن الثابت بالدلائل القطعية على ما بينه فيما مرّ أنما هو حرمتها، فإن استلزم حرمتها القطعية كونها نجسة نجاسة غليظة فما معنى جعل كونها نجسة نجاسة غليظة موضعا رابعا مبحثا عنه بالأصالة وإن لم تستلزمه فما معنى الحوالة على تلك الدلائل المارة. نعم واحد من تلك الدلائل وهو كتاب الله تعالى يدل صراحة على كونها نجسة، فإنه سباه رجسا، والرجس هو القدر على مانص عليه في عامة كتب اللغة، إلا أنه يبقى الكلام في صيغة الجمع في قوله لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه، فالأولى هاهنا تحرير صاحب الكافي حيث قال: وهى نجسة نجاسة غليظة كالبول والدم لأنها سميت رجسا بالنص القطعي انتهى (قوله والسادس سقوط تقوّمها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها، ولا يجوز بيعها لأن الله تعالى لما نجسها فقد أهانها والتقوّم يشعر بعزّتها)

عنه وجود حاتم، ويسمى هذا التواتر بالمعنى. وقوله (وهذا من خواص الخمر) يعنى دعاء القليل إلى الكثير. قال في المبسوط: مامن طعام وشراب إلا ولذته في الابتداء، ولا يزيد على اللذة في الانتهاء إلا الخمر، فإن اللذة لشاربها تزداد بالاستكثار منها. وقوله (لأنه خلاف السنة المشهورة) يعنى ما روى ابن عباس رضى الله عنهما من قوله صلى الله عليه وسلم «حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب» ولما كانت حرمتها لعينها لا يصح التعليل بمعنى المخامرة لتعدية اسمها إلى غيرها. وقوله (حتى لا يضمن متلفها)

(قال المصنف: والشافعي يعدّيه إليها) أقول: أنت الضمير الزاجع إلى سائر لاكتسابه التأنيت من المضاف إليه (قال المصنف: والتعليل في الأحكام لافى الأسماء) أقول: فإن قيل: الشافعي أيضا يعنى الحكم كما اعترف به المصنف آنفا فما وجه هذا الكلام؟ قلنا: إنما يعنى الحكم بواسطة تعدية الأسماء فليتأمل.

« إن الذي حرّم شرهها حرّم بيعها وأكل ثمنها » واختلفوا في سقوط ماليّتها . والأصح أنه مال لأن الطباع تميل إليها وتضمن بها . ومن كان له على مسلم دين فأوفاه ثمن خمر لا يحلّ له أن يأخذه ، ولا للمديون أن يؤديه لأنه ثمن بيع باطل وهو غصب في يده أو أمانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة . ولو كان الدين على ذمي فإنه يؤديه من ثمن الخمر ، والمسلم الطالب يستوفيه لأن بيعها فيما بينهم جائز . والسابع حرمة الانتفاع بها لأن الانتفاع بالنجس حرام ، ولأنه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب . والثامن أن يحدّ شاربها وإن لم يسكر منها لقوله عليه الصلاة والسلام « من شرب الخمر فاجلدوه ، فإن عاد فاجلدوه ، فإن عاد فاجلدوه ، فإن عاد فاقتلوه » إلا أن حكم القتل قد انتسخ في الجلد مشروعا ، وعليه انعقد إجماع الصحابة رضي الله عنهم ، وتقديره ذكرناه في الحدود . والتاسع أن الطبخ لا يؤثر فيها لأنه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها ، إلا أنه لا يحدّ فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا ، لأن الحدّ بالقليل في الشيء خاصة ، لما ذكرنا وهذا قد طبخ . والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعي وسنذكره من بعد إن شاء الله تعالى ، هذا هو الكلام في الخمر . وأما العصير إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه وهو المطبوخ أدنى طبخة ويسمى الباذق والمنصف وهو مذهب نصفه بالطبخ . فكل ذلك حرام عندنا إذا غلى واشتدّ وقذف بالزبد ، أو إذا اشتد على الاختلاف .

أقول : لقائل أن يقول : هذا التعليل ينتقض بالسرقين فإنه نجس العين مع أنه مال متقوم يجوز بيعه عندنا كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية حيث قال : ولا بأس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة . وقال الشافعي : لا يجوز بيع السرقين أيضا لأنه نجس العين فشابه العذرة ، وجلد الميتة قبل الدباغ . ولنا أنه منتفع به لأنه يلقي في الأرضي لاستكثار الربيع فكان مالا والمال محل للبيع ، بخلاف العذرة انتهى فتأمل (قوله والسابع حرمة الانتفاع بها لأن الانتفاع بالنجس حرام) أقول : انتقاض هذا التعليل بالسرقين أظهر مما مرّ آنفا فتدبر (قوله وأما العصير إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه وهو المطبوخ أدنى طبخة ويسمى الباذق) قال في القاموس : الباذق بكسر الهمزة والفتح : ما طبخ من عصير العنب أدنى طبخة فصار شديدا . وقال في المغرب : الباذق من عصير العنب : ما طبخ أدنى طبخة فصار شديدا . وقال في الفائق : هو تعريب باذه وهو الخمر . ونقل صاحب النهاية ما في المغرب وما في الفائق ولم يتكلم على شيء منهما بشيء . أقول : فيما ذكر في الفائق نظر ، لأن الخمر على ما مر هي التي من ماء العنب إذا صار مسكرا ، والمطبوخ ليس بشيء قطعا ، والباذق اسم لما طبخ من عصير العنب أدنى طبخة فليس بخمر لا محالة ، ولهذا قال المنصف : وأما العصير إذا طبخ في مقابلة قوله وأما الخمر فكيف يتصور أن يكون الباذق تعريب باذه بمعنى الخمر ، اللهم إلا أن يكون ماذكر في الفائق مبني على ما قاله بعض الناس من أن الخمر اسم لكل مسكر لاعلى ما هو المحقق عندنا من كونها اسما خاصا للشيء من ماء العنب إذا أسكر (قوله والمنصف وهو مذهب نصفه بالطبخ) قال في غاية البيان : قوله والمنصف يجوز أن يكون بالنصب وهو الأوجه عطفا على قوله الباذق : أي يسمى العصير الذاهب أقل من ثلثيه

لا يدل على إباحة إتلافها . وقد اختلفوا فيها ، فقليل : يباح ، وقيل لا يباح إلا لغرض صحيح بأن كانت عند شرب خفيف عليه الشرب ، وأما إذا كانت عند صالح فلا يباح لأنه يخللها . وقوله (والسابع حرمة الانتفاع بها) يريد التداوي بالاحتقان وسقي الدواب والإقطار في الإحليل . وقوله (إلا أن حكم القتل قد انتسخ) يعني بقوله صلى الله عليه وسلم « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى معان ثلاث » الحديث . وقوله (على ما قالوا) قال شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله : لم يذكر محمد أنه إذا شرب بعد الطبخ ولم يسكر هل يجب عليه الحد ؟ ثم قال : ويجب أن لا يجب عليه الحد لأنه ليس بخمر لغة ، فإن الخمر لغة هو التي من ماء العنب وهذا ليس بشيء . وقوله (والمنصف) قيل يجوز أن يكون منصوبا عطفا على قوله الباذق : أي يسمى العصير الذاهب أقل من ثلثيه الباذق ، ويسمى المنصف أيضا لأنه قال : الأثرية المحرمة أربعة : وهي الخمر ، والعصير الذاهب أقل من ثلثيه ، ونقيع التمر ،

وقال الأوزاعي : إنه مباح . وهو قول بعض المعتزلة لأنه مشروب طيب وليس بخمر . وإنما أنه رقيق ملذّ مطرب ولهذا يجتمع عليه انفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به . وأما نقيع التمر وهو السكر وهو الذي من ماء التمر : أي الرطب

الباذق ويسمى المنصف أيضا . والدليل على هذا أن أبا الليث فسر في شرح الجامع الصغير المذهب أقل من ثلثيه بالمنصف . وأيضا أنه قد حصر الأشربة المحرمة . على أربعة وهي الخمر والعصير المذهب أقل من ثلثيه ونقيع التمر ونقيع الزبيب . فلو كان المنصف غير الباذق الذي هو المطبوخ المذهب أقل من ثلثيه لكانت الأشربة المحرمة خمسة . ويجوز أن يكون المنصف بالرفع لأنه نوع من المذهب أقل من الثلثين لأنه أعم من أن يكون منصفاً أو غيره . وهذا جعل شيخ الإسلام خواهر زاده الباذق قسماً والمنصف قسماً انتهى . وقال صاحب العناية بعد نقل مضمون ما في غاية البيان : الأول أوجه معنى وهذا أوجه لفظاً . لأنه لو كان منصوباً لقال أيضا انتهى . أقول : لعل الأول لأوجه له أصلاً فضلاً عن أن يكون أوجه فإنه يصير معنى كلام المنصف على ذلك التقدير العصير الذي طبخ أدنى طبخة يسمى باسمين : أحدهما الباذق والآخر المنصف . وهذا يقتضي أن يكون الباذق والمنصف متحدين في المعنى وهو العصير المطبوخ أدنى طبخة . مع أن تحرير المنصف ينافي ذلك . أما أولاً فلأنه فسر المنصف بقوله وهو مذهب نصفه بالطبخ . ولا يخفى أن هذا أخص من العصير المطبوخ أدنى طبخة لتناول ذلك مذهب أقل من نصفه بالطبخ فكيف يتصور الاتحاد في المعنى . وأما ثانياً فلأنه قال : فكل ذلك حرام عندنا إذا غلى واشتد الخ . ولا يخفى أن لفظ كل يقتضي التعدد بحسب المعنى لا بحسب الاسم فقط . فالحق أن قول المنصف والمنصف مرفوع لا غير فهو معطوف على المطبوخ في قوله وهو المطبوخ أدنى طبخة . والمعنى : أن العصير المطبوخ المذهب أقل من ثلثيه على قسمين : أحدهما المطبوخ أدنى طبخة المسمى بالباذق ، والآخر المنصف وهو مذهب نصفه بالطبخ . وكل واحد منهما حرام عندنا إذا غلى واشتد وقذف بالزبد . أو إذا اشتد على الاختلاف . وأما حديث أن المنصف لو كان غير الباذق لكانت الأشربة المحرمة خمسة وقد حصرها في الأربعة فعلى طرف الثمأن لأن الأربعة التي حصرها الأشربة المحرمة فيها إنما هي أصول الأشربة المحرمة وأقسامها الأولية . والباذق والمنصف ليسا كذلك : بل إنما هما قسمان من أحد تلك الأصول . والأقسام الأولية وهو الطلاء العام للباذق والمنصف . ثم إن بعض الفضلاء أورد على قول صاحب العناية وهذا أوجه لفظاً لأنه لو كان منصوباً لقال أيضا حيث قال فيه بحث : فإن المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف فكيف يكون المقام مقام قوله أيضا انتهى . أقول : هذا ساقط جداً لأن كون المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف إنما يتصور على تقدير أن يكون قوله والمنصف مرفوعاً . وأما على تقدير أن يكون منصوباً كما هو محل كلام صاحب العناية فلا مجال لأن يكون المسمى بأحدهما غير المسمى بالآخر . بل مقتضى معنى التركيب على ذلك التقدير إنما هو تعدد الاسم دون المسمى كما لا يخفى على من له دراية بقواعد العربية . ثم أقول : يمكن أن يناقش في قول صاحب العناية لأنه لو كان منصوباً لقال أيضا بوجه آخر وهو أن الواو العاطفة في قوله والمنصف على تقدير أن يكون منصوباً معطوفاً على الباذق تغني غناء كلمة أيضا فلا نسلم أنه لو كان منصوباً لقال أيضا (قوله وأما نقيع التمر وهو السكر وهو الذي من ماء التمر : أي الرطب) قال صاحب الغاية : وتفسير صاحب الهداية التمر بالرطب فيه نظر لأن التمر إذا نقع في الماء يسمى نقيعاً فلا حاجة إلى

ونقيع الزبيب . فلو كان الباذق غير المنصف لكانت الأشربة المحرمة خمسة . ويجوز أن يكون مرفوعاً لأنه نوع من المذهب أقل من ثلثيه لأنه أعم من أن يكون منصفاً أو غيره ، والأول أوجه معنى وهذا أوجه لفظاً ، لأنه لو كان منصوباً لقال أيضا . وقوله (وهو الذي من ماء التمر : أي الرطب) إنما فسر التمر بالرطب لأن المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال

(قوله لكانت الأشربة المحرمة خمسة) أقول : كيف تكون خمسة وكل منهما من أقسام المسمى بالطلاء (قوله لأنه أعم من أن يكون منصفاً أو غيره) أقول : فيندفع لزوم كونها خمسة (قوله لأنه لو كان منصوباً لقال أيضا) أقول : فيه بحث ، فإن المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف فكيف يكون المقام مقام قوله أيضا (قوله إنما فسر التمر بالرطب الخ) أقول : رد على الإقتناع ، وفيه نظر (قوله لا السكر وهو حلال الخ)

فهو حرام مكروه . وقال شريك بن عبد الله : إنه مباح لقوله تعالى - تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا - امتن علينا به ، وهو بالحرم لا يتحقق . ولنا إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، ويدل عليه ما روينا من قبل ، والآية محمولة على الابتداء إذ كانت الأشربة مباحة كلها . وقيل أراد به التوبيخ ، معناه والله أعلم : تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا . وأما نقيع الزبيب وهو النىء من ماء الزبيب فهو حرام إذا اشتد وغلى ويتأني فيه خلاف الأوزاعي : وقد بينا المعنى من قبل . إلى أن حرمة هذه الأشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر ، لأن حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ،

أن ينقع الرطب لاجالة حتى يسمى نقيعا . وقياس كلامه هنا أن يقول في نقيع الزبيب : أى نقيع العنب وليس بقوى انتهى . وقال جمهور الشراح دفعا لذلك النظر : وإنما فسر التمر بالرطب لأن المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر ، وهو حلال على قول أنى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله على ماسيجىء انتهى . أقول : فيما قاله جمهور الشراح أيضا نظر ، لأن الذى كان اسمه نبيذ التمر وكان حلالا عند أنى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله إنما هو ما اتخذ من التمر وطبخ أدنى طبخة كما صرح به فى عامة المعبرات : وسيجىء فى الكتاب فى قوله وقال فى المختصر ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وإن اشتد إذا شرب منه ما يغلب على ظنه أنه لا يسكره من غير لحو وطرب ، وهذا عند أنى حنيفة وأبى يوسف . وعند محمد والشافعى حرام انتهى . والذى ذكره هاهنا إنما هو نقيع التمر إذا لم يطبخ كما أفصح عنه بقوله وهو النىء من ماء التمر وهو المسمى بالسكر لا غير . ولا شك أنه ليس بحلال عند أئمتنا أصلا . فلا حاجة إلى تفسير التمر بالرطب (قوله فهو حرام مكروه) قال عامة الشراح : أردف الحرام بالكراهة إشارة إلى أن حرمة ليست كحرمة الخمر لأن مستحل الخمر يكفر ومستحل غيرها لا يكفر اه أقول : فيه بحث ، أما أولا فلأنه لو كان مقصود المصنف بإرداف الحرام بالمكروه الإشارة إلى ما ذكره لأردفه بذلك فى كل واحد من الأقسام الثلاثة المذكورة بعد الخمر ، إذ ليست حرمة شىء منها كحرمة الخمر ، ولو اكتفى بإردافه بذلك فى واحد من تلك الأقسام لكان القسم المذكور عقيب الخمر أحق بذلك كما لا يخفى . وأما ثانيا فلأن المصنف سيصرح بأن حرمة هذه الأشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر . فلا حاجة إلى الإشارة إلى ذلك هاهنا (قوله وقيل أراد به التوبيخ . معناه والله أعلم : تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا) قال الشراح : أى أنتم لسفاهتكم تتخذون منه سكرا حراما وتركون رزقا حسنا . أقول : فيه إشكال لأنهم صرحوا عند شرح قول المصنف والآية محمولة على الابتداء بأن الآية مكية وتحريم الخمر وقع بالمدينة فكيف يتصور أن يكون معنى الآية قبل تحريم الخمر تتخذون منه سكرا حراما والخمر وقتئذ مالم يوصف بالحرمة فأين السكر الحرام فليتأمل (قوله إلا أن حرمة هذه الأشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر ، لأن حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية) أقول : لقاتل أن يقول : من هذه الأشربة نقيع التمر وهو السكر ، وقد قال فى إثبات حرمة : ولنا إجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم ، وقد تقرر فى علم الأصول أن إجماع الأمة سببا لإجماع

على قول أنى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله على ماسيجىء . قوله (فهو حرام مكروه) أردف الحرام بالكراهة إشارة إلى أن حرمة ليست كحرمة الخمر ، لأن مستحل الخمر يكفر ومستحل غيرها لا يكفر . وقوله (ويدل عليه ما روينا من قبل) يعنى قوله صلى الله عليه وسلم « الخمر من هاتين الشجرتين » وأشار إلى الكرمة والنخلة . وقوله (والآية محمولة على الابتداء إذ كانت الأشربة مباحة) لأنها مكية وحرمة الخمر بالمدينة ، وهذا على تقدير أن يكون المراد بالآية الامتنان كما قال الخصم . وقيل أراد به التوبيخ ، ومعناه : أنتم لسفاهتكم تتخذون منه سكرا حراما وتدعون رزقا حسنا . وقوله (وقد بينا المعنى من قبل) يريد به قوله ولنا أنه رقيق ملذ مطرب الخ .

أقول : فى المغرب : السكر بفتح الحين : عصير الرطب إذا اشتد ، وفى الطلبة : السكر بفتح السين والكاف ، هو النىء من ماء التمر . وقال فى ديوان الأدب :

ولا يجب الحذر بشرها حتى يسكر، ويجب شرب قطرة من الخمر، ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة في أخرى، ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة، ويجوز بيعها، ويضمن متلفها عند أبي حنيفة خلافاً لهما فيها لأنه مال متقوم، وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها، بخلاف الخمر، غير أن عنده يجب قيمتها لامثلها على ما عرف، ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لأنها محرمة. وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعها إذا كان المذهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين (وقال في الجامع الصغير: وما سوى ذلك من الأشربة فلا بأس به) قالوا: هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره، وهو نص على أن ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند أبي حنيفة، ولا يتخذ شارب به عنده وإن سكر منه، ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبئج وابن الرماك. وعن محمد أنه حرام ويتخذ شارب به ويقع طلاقه إذا سكر منه كما في سائر الأشربة المحرمة

الصحابة دليل قطعي يكفر جاحده، فكيف يتم القول هاهنا بأن حرمة هذه الأشربة لا يكفر مستحلها لكون حرمتها اجتهدية لا قطعية؟ ويمكن أن يجاب عنه بأن نقل الإجماع قد لا يكون بالتواتر، فلا يفيد مثل ذلك الإجماع القطع لعدم القطع في طريق نقله إلينا كما تقرر هذا أيضاً في علم الأصول، فيجوز أن يكون الإجماع المنقول في حق حرمة السكر من ذلك القليل ويكون هذا باعثاً على وقوع الاجتهاد في خلافه (قوله لأنه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر) أقول: فيه نظر. أما أولاً فلأنهم صرحوا بأن معنى تقوم المال إباحة الانتفاع به شرعاً، وسيجيء التصريح عن قريب بأن هذه الأشربة مما لا ينتفع بها بوجه من الوجوه فكيف يتصور التقوم فيها. وأما ثانياً فلأن الدلالة القطعية إنما تعتبر في حق وجوب الاعتقاد دون وجوب العمل، ألا ترى أن خبر الواحد من السنة يوجب العمل ولا يوجب علم اليقين بل يوجب غلبة الظن على المذهب الصحيح المختار عند الجمهور كما تقرر في علم الأصول. وما نحن فيه من العمليات، فينبغي أن يكتفى فيه بمجرد غلبة الظن، كيف لا وقد اكتفى به في الحكم بحرمة هذه الأشربة إذ هي أيضاً اجتهدية لا قطعية كما صرح به آنفاً (قوله ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لأنها محرمة) أقول: في التعليل بحث، إذ لا يلزم من حرمة تناول الشيء عدم الانتفاع به، ألا يرى أن السارقين نجس العيز محرم تناول قطعاً مع أنه مما ينتفع به حيث يلقي في الأراضى لاستكثار الربيع ولهذا يجوز بيعه كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية وكذا الدهن النجس على ما صرحوا به، وقد مر هنا غير مرة نظير هذا الكلام في هذا الكتاب فتدبر (قوله وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعها إذا كان المذهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين) أقول: لا يلزم عليك أن حق هذه الرواية أن تدرك قبل قوله ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لأنها من شعب جواز بيع هذه الأشربة. وقوله ولا ينتفع بها إلى آخره مسألة مستقلة دخلت

(وقوله غير أن عنده) يعني عند أبي حنيفة رحمه الله (يجب قيمتها لا مثلها) كما إذا أُلِف المسلم خمر الذي على ما عرف أن المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام، وأورد رواية الجامع الصغير وهي قوله ما سوى ذلك من الأشربة: أي ما سوى المذكور وهو الخمر والسكر ونقيع الزبيب والطلاء وهو الباذق والمنصف لبيان أن العموم المذكور في الجامع الصغير لا يوجد في غيره.

هو خمر التمر انتهى. فالتمر بمعنى الرطب فيه أيضاً (قال المصنف: ويجوز بيعها ويضمن متلفها الخ) أقول: المراد بالخمر ما يترتب عليه الثمرات المطلوبة لا ما يقابل الحرمة (قال المصنف: وما شهدت له دلالة قطعية) أقول: في بحث، لأن الحرمة تثبت بالشبهة (قال المصنف: غير أن عنده يجب قيمتها لا مثلها) أقول: لا يقال: فينبغي أن يجب المثل بدليل جواز البيع. لأننا نقول: البيع يجوز مع الكراهة، فلما أوجبنا المثل لكان مأموراً بإتيان فعل مكروه وهو تسليم الحرام، وهذا لا يجوز، ومع ذلك لو أدى المثل يخرج عن العهدة أيضاً تأمل. قال العلامة الكاكي: إن المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام فلا يكون مأموراً بإعطاء المثل، حتى لو أعطى يخرج عن العهدة، إلا أنه مكروه انتهى. وفيه بحث، إلا أن يؤول يجب بمعنى فينبغي (قوله إن المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام) أقول: فينبغي أن لا يجوز بيعها، لكن المراد بالجواز في قوله ويجوز بيعها ليس ما يقابل الحرمة، بل ترتب الثمرات المطلوبة كما في البيع المكروه (قوله لبيان أن العموم المذكور الخ) أقول: تعليل لقوله وأورد رواية الجامع الصغير الخ.

(وقال فيه أيضا : وكان أبو يوسف يقول : ما كان من الأشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة أيام ولا يفسد فأني أكرهه ، ثم رجع إلى قول أبي حنيفة) وقوله الأول مثل قول محمد إن كل مسكر حرام ، إلا أنه تفرد بهذا الشرط . ومعنى قوله : يبلغ : يغلى ويشد . ومعنى قوله ولا يفسد : لا يحمض . وجهه أن بقاءه هذه المدة من غير أن يحمض دلالة قوته وشدة فكان آية حرمة . ومثل ذلك يروى عن ابن عباس رضي الله عنهما . وأبو حنيفة يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرناه فيما يحرم أصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما ذكره إن شاء الله تعالى . وأبو يوسف رجع إلى قول أبي حنيفة فلم يحرم كل مسكر . ورجع عن هذا الشرط أيضا (وقال في المختصر : ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وإن اشتد إذا شرب منه ما يغلب على ظنه أنه لا يسكره من غير هو ولا طرب . وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وعند محمد والشافعي حرام ، والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبى . ونذكره إن شاء الله تعالى . قال (ولا بأس بالخيلطين) لما روى عن ابن زياد أنه قال : سقاني ابن عمر رضي الله عنه شربة ما كدت أهتدى إلى منزلى فغدوت إليه من الغد فأخبرته بذلك فقال : ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا نوع من الخيلطين وكان مطبوخا لأن المروى عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النىء منه ، وما روى « أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب . والزبيب والرطب ، والرطب والبسر » محمول على حالة الشدة . وكان ذلك في الابتداء . قال (ونبيذ العسل والتين ونبيذ الخنطة والنرة والشعير حلال وإن لم يطبخ) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله إذا كان من غير هو وطرب لقوله عليه الصلاة والسلام « الخمر من هاتين الشجرتين ، وأشار إلى الكرم والنخلة » خص التحريم بهما . والمراد بيان الحكم . ثم قيل يشترط الطبخ فيه لإباحته ، وقيل لا يشترط وهو المذكور

في البين كما ترى (قوله ولا بأس بالخيلطين لما روى عن ابن زياد أنه قال : سقاني ابن عمر شربة ما كدت أهتدى إلى أهلى . فغدوت إليه من الغد وأخبرته بذلك فقال : ما زدناك على عجوة وزبيب) وابن عمر كان معروفا بالزهد والفقہ بين الصحابة . فلا يظن به أنه كان يسقى غيره ما لا يشربه أو يشرب ما كان حراما . كذا في الكافي والشروح . أقول : هاهنا كلام من وجهين : أحدهما أن تقليد الصحابي فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا خلافهم فيه . ولم تكن الحادثة مما لا يدرك بالقياس لا ينب على القول المختار كما عرف في علم الأصول . والظاهر أن مانحن فيه من ذلك التقبيل فكيف يصلح أن يكون فعل ابن عمر أو قوله في الرواية المزبورة دليلا على حل الخيلطين . وثانيهما أن قول ابن زياد ما كدت أهتدى إلى أهلى يشعر بإسكار الشربة التي سقاها ابن عمر إياها . والسكر من كل شراب حرام بالاتفاق فكيف يستدل بذلك على الحل . ويمكن أن يجاب عن الثاني بوجهين . أحدهما ما أشار إليه تاج الشريعة بقوله وإنما قال ما كدت أهتدى إلى أهلى على سبيل المبالغة في بيان التأثير فيه لاحقيقة السكر فإن ذلك لا يحل انتهى . وثانيهما أن وجه الاستدلال مجرد أن يسقى ابن عمر ابن زياد تلك الشربة . فإنها لو كانت حراما لما أقدم ابن عمر مع كمال زهده وفقهه على أن يسقيه إياها . وأما تأثيرها في الشارب بعد أن شربها بحيث يصل إلى مرتبة الإسكار فليس له حد مقدر : إذ هو مختلف باختلاف الطباع والأوقات . وللشارب أن يخترز عنه مهما أمكن . فإن وصل إلى تلك المرتبة في الرواية المذكورة فإنما هو في الغفلة والعهدة في ذلك على الشارب لا الساقى تأمل تفهم (قوله وقيل لا يشترط وهو المذكور

وقوله (وقال فيه) يعنى في الجامع الصغير . قال (ولا بأس بالخيلطين) الخيلطان ماء التمر والزبيب إذا خلطوا فطبخا بعد ذلك أدنى طبخة وبترك إلى أن يغلى ويشد . والعجوة : التمر الذى يغيب فيه الضرس لجودته . وقوله (محمول على الشدة وكان ذلك في الابتداء) يعنى أن النهى عن الجمع بين التمر والزبيب كان في الابتداء في وقت كان بين المسلمين ضيق وشدة في أمر الطعام لثلا

في الكتاب لأن قليله لا يدعو إلى كثيره كيفما كان . وهل يحدّ في المتخذ من الحبوب إذا سكر منه ؟ قيل لا يحدّ . وقد ذكرنا الوجه من قبل . قالوا : والأصح أنه يحدّ . فإنه روى عن محمد فيمن سكر من الأشربة أنه يحدّ من غير تفصيل . وهذا لأن الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الأشربة . بل فوق ذلك ، وكذلك المتخذ من الألبان إذا اشتدّ فهو على هذا . وقيل إن المتخذ من لبن الرماك لا يحدّ عند أبي حنيفة اعتبارا بلحمه إذ هو متولد منه . قالوا : والأصح أنه يحدّ لأن كراهة لحمه لما في إباحته من قطع مادة الجهاد أو لاحترامه فلا يتعدى إلى لبنه . قال (وعصير العنب إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال

في الكتاب لأن قليله لا يدعو إلى كثيره كيفما كان) أقول : هذا التعليل منظور فيه . لأن مجرد أن لا يدعو قليله إلى كثيره لا يقتضي أن لا يشترط الطبخ فيه لإباحته . ألا ترى أن نبيذ التمر والزبيب مما يشترط الطبخ فيه لإباحته بلا اختلاف . مع أن قليل ذلك أيضا لا يدعو إلى كثيره كيفما كان . فإن دعاء القليل إلى الكثير من خواص الخمر كما صرح به فيما مر . والأظهر في التعليل هاهنا ما ذكر في غاية البيان حيث قال فيها : وفي رواية لا يشترط . لأن حال هذه الأشربة دون نقيع التمر والزبيب . فإن نقيع التمر والزبيب اتخذ مما هو أصل للخمر شرعا . فإن أصل الخمر شرعا التمر والعنب على ما قال النبي صلى الله عليه وسلم « الخمر من هاتين الشجرتين » وقد شرط أدنى طبخة في نقيع الزبيب والتمر فيجب أن لا يشترط أدنى طبخة في هذه الأشربة ليظهر نقصان هذه الأشربة عن نقيع التمر والزبيب انتهى (قوله وهل يحدّ في المتخذ من الحبوب إذا سكر منه ؟ قيل لا يحدّ) أقول : قد مرت هذه المسئلة مرة أثناء بيان مسئلة الجامع الصغير فيما قبل حيث قال : وهو نص على أن ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند أبي حنيفة . ولا يحدّ شارب به عنده وإن سكر فالتعرض لها مرة أخرى يشبه التكرار . ففعل المتصوّد بالذات هاهنا ذكر قوله قالوا والأصح أن يحدّ . وما قبله توطئة له . نعم يتجه أن يقال : لو ذكر أيضا هناك قوله قالوا والأصح أنه يحدّ لاستغنى عن الإعادة هاهنا بالحنفية (قوله وقد ذكرنا الوجه من قبل) قال صاحب الغاية : هو إشارة إلى قوله لأن قليله لا يدعو إلى كثيره . وقال : ويجوز أن يكون إشارة إلى المعنى المستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم « الخمر من هاتين الشجرتين » يعني أن هذه الأشربة ليست بمختلدة مما هو أصل الخمر فلا جرم لا يحدّ السكران منها انتهى . وقال صاحب الكفاية : قوله وقد ذكرنا الوجه من قبل الإشارة إلى ما ذكر أن السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك . واختار صاحب العناية ما ذكره صاحب الغاية أولا . ونقل ما ذكره ثانيا بقليل . ثم نقل ما ذكره صاحب الكفاية بقوله وقيل أقول يرد على الوجه الأول أن عدم دعاء القليل إلى الكثير جار فيما سوى الخمر من الأشربة المحرمة : فإن دعاء القليل إلى الكثير من خواص الخمر كما صرح به المصنف فيما مر حيث قال : ولأن قليله يدعو إلى كثيره وهذا من خواص الخمر انتهى مع أنه إذا سكر مما سوى الخمر من الأشربة المحرمة يحدّ بلا خلاف . فعلم أنه لا تأثير لعدم دعاء القليل إلى الكثير في سقوط الحدّ عن السكران . ويرد على الوجه الثاني أنه لو كان مراد المصنف ما استفاد من قوله صلى الله عليه وسلم « الخمر من هاتين الشجرتين » لقال لما روينا كما هو عادته المستمرة في الحوالة على ما مر من السنة . ثم إن في كون ذلك المعنى مستفادا من الحديث المذكور خفاء جدا فضلا عن أن يكون مذكورا هناك . فأني يتيسر الإشارة إليه هاهنا بقوله وقد ذكرنا الوجه من قبل . فالأوجه هو الوجه الثالث وإن أخره صاحب العناية في الذكر كما لا يخفى على من تأمل في سياق كلام المصنف . وراجع كلمات السلف كشيخ الإسلام وغيره في هذه المسئلة (قوله قالوا : والأصح أنه يحدّ . فإنه روى عن محمد فيمن سكر من الأشربة أنه يحدّ من غير تفصيل) أقول : تحرير المصنف هاهنا لا يخلو عن ركاسة . إذ الظاهر أن مراده بقوله وهل يحدّ في المتخذ من الحبوب إذا

يجمع بين الطعامين ويترك جاره جائعا بل يأكل أحدهما ويؤثر بالآخر على جاره . ثم لما وسع الله على عباده النعم أباح الجمع بين النعمتين . وقوله (قيل لا يحدّ) هو قول الفقيه أبي جعفر رحمه الله . وقوله (وقد ذكرنا الوجه من قبل) إشارة إلى قوله لأن قليله لا يدعو إلى كثيره . قيل ويجوز أن يكون إشارة إلى المعنى المستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم « الخمر من هاتين الشجرتين » يعني

وإن اشتد) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد ومالك والشافعي : حرام . وهذا الخلاف فيما إذا قصد به التقوى ، أما إذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق . وعن محمد مثل قولهما : وعنه أنه كره ذلك ، وعنه أنه توقف فيه . لهم في إثبات الحرمة قوله عليه الصلاة والسلام « كل مسكر خمر » وقوله عليه الصلاة والسلام « ما أسكر كثيره فقليله حرام » ويروى عنه عليه الصلاة والسلام « ما أسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام » ولأن المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليلا وكثيره كالخمر . ولهما قوله عليه الصلاة والسلام « حرمت الخمر لعينها »

سكر أنه هل يحد في ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف . لأن المذكور فيما قبل إنما هو قولهما ، والمصنف الآن بصدد التفريع على ذلك وتكميله فيستدعي هذا أن يكون مدار قوله قيل لا يحد وقوله قالوا والأصح أنه يحد على قولهما ، فلا يناسب في تعليل قوله والأصح أنه يحد أن يقال : فإنه روى عن محمد فيمن سكر من الأثرية أنه يحد من غير تفصيل . فإن محمدا يخالفهما في أصل هذه المسئلة حيث لا يقول يحل المتخذ من الخبث إذا اشتد وعلى . فيجوز أن يقول بوجوب الحد إذا سكر منه ، وأما هما فيقولان يحل ذلك كما تقدم آنفا فلا يكون المروي عن محمد حجة في حقهما . وعن هذا ترك صاحب الكافي هذا التعاليل ، واكتفى بما ذكره المصنف بعده بقوله وهذا لأن الفساق يجتمعون عليه الخ حيث قال : وذكر في الهداية ومبسوط شيخ الإسلام الإسيباني الأصح أنه يحد لأن الفساق يجتمعون في زماننا على شره كما يجتمعون على سائر الأثرية انتهى (قوله وعنه أنه كره ذلك) أقول : فيه ضرب إشكال ، وهو أنه قد مر في أول كتاب الكراهية أن كل مكروه حرام عند محمد رحمه الله ، وقوله هنا وعنه أنه كره ذلك بعد أن صرح فيما قبل بأنه حرام عند محمد ومالك ، والشافعي يقتضي المغايرة بين قول محمد بحرمة وبين قوله بكراهته ، فينافي ما تقرر في أوائل الكراهية . فإن قلت : نعم إن كل مكروه حرام عند محمد ولكن بحرمة ظنية لا بحرمة قطعية فإنه إذا لم يحد نصا قاطعا في حرمة شيء لم يطلق عليه لفظ الحرام بل يطلق عليه لفظ المكروه كما تقرر أيضا هناك . فيجوز أن يكون مدار رواية الحرمة ورواية الكراهية عنه فيما نحن فيه على قطعية الحرمة في إحداها وظنية في الأخرى فلا تنافي بين المقامين . قلت : لا مجال للقول بقطعية حرمة الثلث العنبي عند كون اجتهاد أبي حنيفة وأبي يوسف في حله ، لأن قطعية حرمة الشيء تستلزم أن يكفر مستحلها ، وهذا لا يتصور فيما وقع فيه اجتهاد ما فضلا عما وقع فيه اجتهاد مثل أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى . وعن هذا قالوا فيما سوى الخمر من الأثرية الثلاثة المحرمة عند أئمتنا أجمع وعند عامة العلماء أن حرمة هذه الأثرية دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ، ويكفر مستحل الخمر لأن حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية كما مر من قبل في الكتاب ، مع أن اجتهاد الإباحة فيها إنما وقع من نحو الأوزاعي وشريك وسائر أصحاب الظواهر ، فتحقق أن الحرمة المروية عن محمد في حق الثلث العنبي إنما هي الحرمة الاجتهادية التي مدارها الظن لا الحرمة القطعية ، فكيف يتصور المغايرة بينها وبين الكراهية على أصل محمد . ويمكن أن يقال : معنى قولهم إن كل مكروه حرام عند محمد أن كل مكروه كراهية التحريم حرام عند محمد ، لكن لا بدليل قطعي بل بدليل ظني ، خلافا لأبي حنيفة وأبي يوسف فإن المكروه كراهية التحريم ليس بحرام أصلا عندهما بل إلى الحرام أقرب . وأما المكروه كراهية التنزيه فليس بحرام ولا إلى الحرام أقرب عند أحد ، وهذا كله يظهر بمراجعة كتب الأصول ، فيجوز أن يكون المراد بالكراهية في قول المصنف هاهنا وعنه أنه كره ذلك هو الكراهية التنزيهية وهي مغايرة للحرمة على قول الكل فيندفع التنافي بين المقامين تأمل (قوله ولهما قوله صلى الله عليه وسلم « حرمت الخمر لعينها »

أن هذه الأنبذة ليست بمتخذة مما هو أصل الخمر . وقيل هو إشارة إلى قوله بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك . وباقى كلامه واضح . وقوله (وعن محمد رحمه الله مثل قولهما) أي مثل قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله المذكور في النواذر

(قوله وقيل هو إشارة إلى قوله بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك) أقول : وعندى الثالث أقرب والأول أبعد ، أما لفظا فليمكان قوله من قبل : وأما معنى فإن عليه وجوب الحد على السكران ليس دعاء القليل إلى الكثير

ويروى « بعينها قليلا وكثيرها . والسكر من كل شراب » خص السكر بالتحريم في غير الخمر إذ العطف للمغايرة ، ولأن المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا .

ويروى « بعينها قليلا وكثيرها ، والسكر من كل شراب » قال في النهاية : ولهما أيضا قوله تعالى - إنما الخمر والميسر - الآية . بين الله تعالى الحكمة في تحريم الخمر في هذه الآية وهي الصدق عن ذكر الله تعالى وإيراث العداوة والبغضاء . وهذه المعاني لا تحصل بشرب القليل . ولو خليا وظاهر الآية قلنا لا يحرم القليل من الخمر أيضا : ولكن تركنا قضية ظاهر الآية في قليل الخمر بالإجماع : ولا إجماع فيما عداه فبقى على ظاهر الآية انتهى . أقول : ينتقض هذا الاستدلال بما عدا الخمر من الأشربة المحرمة الثلاثة ، فإن قليلا أيضا حرام عند أئمتنا قاطبة وعند مالك والشافعي وأكثر العلماء . مع أن المعاني المذكورة في الآية المزبورة لا تحصل بشرب قليلا كما لا يخفى (قوله خص السكر بالتحريم في غير الخمر إذ العطف للمغايرة) أقول : الظاهر أن مراده بقوله خص السكر بالتحريم في غير الخمر قصر التحريم على السكر في غير الخمر على أن تكون الباء داخلة على المقصور كما في قولهم خصصت فلانا بالذكر على ما تقرر في موضعه ، إذ هو المفيد لمدها ما هاهنا دون العكس كما لا يخفى على ذي مسكة . لكن فيه بحث ، وهو أن الاستدلال على مدها في هذا الوجه كما يقتضي حل المثلث يقتضي أيضا حل الأشربة المحرمة الثلاثة غير الخمر ، وهذا ظاهر لزوما وبطلانا ، على أن استفادة قصر التحريم على السكر في غير الخمر من منطوق لفظ الحديث المذكور مشكل ، واستفادته من مفهوم المخالفة خلاف المذهب فليتأمل (قوله ولأن المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا) فإن قيل : القدح الأخير إنما يصير مسكرا بما تقدمه لا بانفراده فينبغي أن يحرم ما تقدم أيضا . قلنا : لما وجد السكر بشرب القدح الأخير أضيف الحكم إليه لكونه غلة معنى وحكما ، كذا ذكره جمهور الشراح . واعتراض صاحب العناية على الجواب المذكور حيث قال : فيه نظر ، لأن الإضافة إلى العلة اسما ومعنى وحكما أولى والمجموع بهذه الصفة اهـ أقول : إن أراد بقوله والمجموع بهذه الصفة أن كل واحد من أجزاء المجموع بهذه الصفة فليس بصحيح ، إذ لا يخفى أن شيئا مما قبل الجزء الأخير ليس بعلة اسما ولا معنى ولا حكما ، إذ العلة اسما ما يضاف إليه الحكم ، والعلة معنى ما يؤثر في الحكم ، « كما » ما يتصل به الحكم ولا يترأخى عنه كما عرف كله في علم الأصول ، ولا شك أن شيئا مما قبل الجزء الأخير ليس بصفة من هذه المعاني ، وإن أراد بذلك أن المجموع من حيث هو مجموع بهذه الصفة كما هو الظاهر فهو لا يقادح في مطلوبنا هنا ، إذ لا ننكر حرمة مجموع الأقداح من حيث هو مجموع عند اشتباهه على القدح المسكر ، وإنما ننكر حرمة ما قبل القدح المسكر بانفراده . نعم ببقى الكلام في أن إضافة الحكم إلى المجموع من حيث هو مجموع أولى أم إلى الجزء الأخير وحده ؟ والظاهر في بادئ الرأي هو الأول لأن الجزء الأخير وحده علة ومعنى وحكما لا اسما على ما هو المشهور في كتب الأصول ، والحكم إنما يضاف إلى العلة اسما ، لكن الفاضل التفنازي قال في التلويح في مباحث العلة من باب الحكم : ذهب المحققون إلى أن الجزء الأول يصير بمنزلة العدم في حق ثبوت الحكم ، ويصير الحكم مضافا إلى الجزء الأخير كالمثل الأخير في أثقال السفينة والقدح الأخير في السكر انتهى . وحينئذ يصير الجزء الأخير علة اسما أيضا : أي كما أنه علة معنى وحكما فينتظم أمر إضافة الحكم إليه

ولنا : أي لعلمائنا الثلاثة على القول الموافق لحمد ، وفي بعض النسخ ولهما : أي لأبي حنيفة وأبي يوسف .. وقوله (ولأن المفسد) للعقل (هو القدح المسكر وهو حرام عندنا) لا ما قبله . فإن قيل القدح الأخير ليس بمسكر على انفراده بل بما تقدم فينبغي أن يحرم ما تقدم أيضا . أجيب بأن الحكم يضاف إلى العلة معنى وحكما ، وفيه نظر لأن الإضافة إلى العلة اسما ومعنى وحكما أولى والمجموع بهذه الصفة . والأولى أن يقال الحرام هو المسكر ، وإطلاقه على ما تقدم مجازا وعلى القدح الأخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا

(قوله والأولى أن يقال : الحرام هو المسكر ، وإطلاقه على ما تقدم مجاز) أقول : إطلاقه على ما تقدم على القدح الأخير مجاز بلا شبهة . وأما إطلاقه على المجموع من القدح الأخير وما تقدمه فليس بمجاز والكلام فيه (قوله وعلى القدح الأخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا) أقول : ويقرب بما ذكره الشارح ما قاله الإمام الترمذ في شرح الجامع الصغير . لا يقال : القدح الأخير مسكر بما تقدمه ، لأن

وإنما يجرم التقليل منه لأنه يدعو لرقته ولطافته إلى الكثير فأعطى حكمه : والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غداء فبقى على الإباحة : والحديث الأول غير ثابت على ما بيناه . ثم هو محمول على القدر الأخير إذ هو

وحده بلا غبار . ثم قال صاحب العناية : والأولى أن يقال : الحرام هو المسكر وإطلاقه على ما تقدم مجاز وعلى القدر الأخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مراداً انتهى . أقول : ليس هذا بشيء فضلاً عن أن يكون أولى . إذ ليس الكلام هاهنا في إطلاق لفظ المسكر على شيء وعدم إطلاقه عليه حتى يفيد التشبث برجحان الحقيقة على المجاز شيئاً بل إنما الكلام هنا في أن المفسد للعقل هو القدر المسكر : أي المزيل للعقل سواء أطلق عليه لفظ المسكر حقيقة أم لا دون غيره من الأقداح المتقدمة فكان الحرام هو القدر المزيل للعقل لا غير . وبالحكمة مدار الاستدلال هاهنا على المعنى وهو إزالة العقل دون اللفظ . فلما ورد السؤال بأن القدر الأخير لا يزيل العقل بانفراده بل بما تقدم فكان لما تقدم من الأقداح مدخل أيضاً في إزالة العقل فينبغي أن يجرم أيضاً لم يقد أن يقال إن لفظ المسكر إنما يطلق على ما تقدم مجازاً وعلى القدر الأخير حقيقة شيئاً في دفع ذلك السؤال أصلاً : وإنما يتمشى ذلك في الجواب عن استدلال الخصم بقوله صلى الله عليه وسلم « كل مسكر خمر » ومجمله قول المصنف . ثم هو محمول على القدر الأخير إذ هو المسكر حقيقة . وقصد بعض الفضلاء أن يرد على صاحب العناية قوله المذكور بوجه آخر فقال : إطلاقه على ما تقدم على القدر الأخير وما تقدمه مجاز بلا شبهة . وأما إطلاقه على المجموع من القدر الأخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مراداً انتهى . أقول : وهذا أيضاً ليس بشيء . لأن إطلاقه على ما تقدم على القدر الأخير إذا كان مجازاً بلا شبهة كيف يتصور أن يكون إطلاقه على المجموع حقيقة . فإن المجموع مشتمل على ما تقدم على القدر الأخير أيضاً : ولا شك أن إطلاق اللفظ على المجموع المركب مما هو حقيقة فيه ومما هو مجاز فيه لا يكون حقيقة . لأن الحقيقة هي الكلمة المستعملة فيما وضعت له : والمجموع المركب مما وضعت له ومما لم توضع له ليس مما وضعت له قطعاً . ولو سلم أن يكون إطلاقه على المجموع من حيث هو مجموع حقيقة فلا يضرنا . إذ لا يلزم من كون المجموع من حيث هو مجموع مسكراً كون المتقدم على القدر الأخير أيضاً مسكراً حتى يلزم كون ما تقدم على القدر الأخير حراماً أيضاً تأمل توقف (قوله وإنما يجرم القليل من الخمر لأنه يدعو لرقته ولطافته إلى الكثير فأعطى حكمه) أقول : فيه كلام . وهو أن هذا التقرير يقتضي كون حرمة الخمر معللة : وقد صرح فيما مر بأن الخمر عينه حرام غير معلول عندنا بشيء . لأن تعليله خلاف السنة المشهورة وهي قوله صلى الله عليه وسلم « حرمت الخمر لعينها » والسكر من كل شراب « فكان الذي ينبغي هاهنا أن يقال : وإنما يجرم القليل من الخمر لورود النص فيه وهو قوله عليه الصلاة والسلام « حرمت الخمر لعينها » الحديث . اللهم إلا أن يحمل كلام المصنف هاهنا على التنزيل وإلزام الخصم بأن يكون هذا الكلام منه جواباً عن قول الخصم ، ولأن المسكر يفسد العقل فيكون حراماً قايلاً وكثيره فتبصر (قوله والحديث الأول غير ثابت على ما بيناه) قال بعض الفضلاء : وكان على المصنف أن يتعرض للحديثين الآخرين اللذين رواهما ولم يفعل كأنه اكتفى بمعارضة ما رواه لهما انتهى . أقول : توجيهه ليس بشيء لأن دلالة الحديثين الآخرين اللذين رواهما الخصم

وقوله (وإنما يجرم القليل منه) أي من الخمر جواب سؤال يمكن تقريره على هذا الوجه . وهو أن يقال : لما كان المفسد هو الأخير دون ما تقدم وجب أن يكون في الخمر كذلك . ويجوز أن يكون جواباً عن قولهم ولأن المسكر يفسد العقل فيكون حراماً قليلاً وكثيره . وهذا واضح . ووجه الجواب عن الأول أن القياس ذلك . ولكن تركناه لأن الخمر لرقتها ولطافتها تدعو إلى الكثير فأعطى القليل حكم الكثير . والمثلث ليس كذلك لغلظه . وعلى الثاني بطريق الفرق وهو واضح . وقوله (والحديث الأول)

المسكر ما يتصل به السكر ، وهو كالمخمر من الطعام ، فإن المحرم هو المتخمر انتهى . قال الفتاوى في التلويح : ذهب المحققون إلى أن الجزء الأول يصير بمنزلة الدم في حق ثبوت الحكم ، ويصير الحكم مضافاً إلى الجزء الأخير ، كالمزج الأخير في أثقال السفينة والقدر الأخير في السكر انتهى (قال المصنف : والحديث الأول غير ثابت على ما بيناه) أقول : وكان على المصنف أن يتعرض للحديثين الآخرين ولم يفعل

المسكر حقيقة . والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث : لأن صب الماء لا يزيد إلا ضعفا ، بخلاف ما إذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل ، لأن الماء يذهب أولا للطافته ، أو يذهب منهما فلا يكون الذهاب ثلثي ماء العنب . ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى بأدنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة . وفي رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ ، وهو الأصح لأن العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر . ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر أو بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه .

على حرمة قليل ما أسكر كثيره إنما هي بطريق العبارة ، ودلالة ما رواه المصنف من قبل أبي حنيفة وأبي يوسف على حل قليل ذلك إنما هي بطريق الإشارة أو الاقتضاء . وقد تقرر في علم الأصول أن عبارة النص ترجح على إشارة النص واقتضائه عند التعارض ، فإن أراد ذلك القائل بمعارضة ما رواه لهما المعارضة الموجبة للتساقط وهي المعارضة بدون الرجحان في أحد الجانبين فليس بصحيح ، وإن أراد بها المعارضة مع الرجحان في جانب الحديثين اللذين رواهما الخصم فليس بمفيد بل مغل كما لا يخفى (قوله لأن الماء يذهب أولا للطافته أو يذهب منهما فلا يكون الذهاب ثلثي ماء العنب) قال الشراح : أى على القطع والبتات . وقال بعض الفضلاء : قوله أى على القطع والبتات فيه بحث . لأن الحرمة تثبت بالشبهة انتهى . أقول : مدار هذا البحث على عدم فهم مراد الشراح ، فإن مرادهم بقولهم : أى على القطع والبتات تقييد للمتنى في قول المصنف فلا يكون الذهاب ثلثي ماء العنب لا تقييد للمتنى . فالمعنى أن ذهاب ثلثي ماء العنب على القطع والبتات لا يكون . لأن ذهاب ثلثي ماء العنب لا يكون على القطع والبتات . وحاصله أن ذهابهما القطعي لم يثبت لأن عدم ذهابهما قطعي . فلما لم يثبت ذهابهما على القطع والبتات بل احتمل أن يكون الذهاب أقل منهما بأن يذهب الماء أولا للطافته قلنا بحرمة شرب ذلك العصير احتياطاً بناء على أن الحرمة تثبت بالشبهة فلا محل للبحث المذكور . والفرق بين تعلق القيد بالمتن وبين تعلقه بالمتن في أمثال هذا المقام أصل كبير قد نبه عليه في مواضع شتى من علم البلاغة فكيف خفى على ذلك القائل (قوله ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر أو بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه) قال صاحب غاية البيان : ولنا في قوله أو بين التمر والزبيب نظر ، لأن ماء الزبيب كماء التمر يكتفى فيهما

يعنى قوله « كل مسكر خمر » ليس بثابت لما بيناه من طعن يحيى بن معين ولئن سلمنا ثبوته فهو محمول على القدر الأخير . وقوله (والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق) لم يذكر اسمه لاختلاف وقع فيه ، فإن منهم من سماه يوسفياً ويعقوبياً لأن أبا يوسف رحمه الله كثيراً ما كان يستعمل هذا ، ومنهم من سماه بختجاً وحيدياً ، قال : لأنه منسوب إلى رجل اسمه حميد ، وهل يشترط لإباحته عندهما بعد ما صب الماء فيه أدنى طبخة ؟ اختلف المشايخ رحمهم الله فيه ، واختاره المصنف رحمه الله . وقوله (أو يذهب منهما) يعنى تارة يذهب الماء أولاً للطافته ، وتارة يذهب العصير والماء معاً ، فلو ذهاباً معاً يحل شربه كما يحل شرب المثلث . لأنهما لما ذهابا معاً كان الذهاب من العصير أيضاً ثلثين كالماء ، لكن لما لم يتيقن بذهابهما معاً واحتمل ذهاب الماء أولاً للطافته قلنا بحرمة شربه احتياطاً ، لأنه إذا ذهب الماء أولاً كان الذهاب أقل من ثلثي العصير . وهو حرام عندنا وهو الباذق . وقوله (فلا يكون الذهاب ثلثي ماء العنب) أى على القطع والبتات . وقوله (يكتفى بأدنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله) هي رواية الحسن عنه وأنكرها المتقدمون من مشايخنا ، فقد روى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف قال : سمعت

كأنه اكتفى بمعارضة ما رواه لهما (قوله وقوله فلا يكون الذهاب ثلثي ماء العنب : أى على القطع والبتات) أقول : فيه بحث ، فإن الحرمة تثبت بالشبهة (قال المصنف : و لو طبخ العنب كما هو) أقول : أى كائن كالذي هو عنب ، فالخبر مخلوف وينبغي أن تكون الكاف زائدة (قال المصنف : فصار كما بعد العصر) أقول : أى فصار حكم العصير بعد طبخ العنب كحكم العصير بعد العصر قبل طبخ العنب .

لأن التمر إن كان يكتفى فيه بأدنى طبخة فعصير العنب لابد أن يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطاً ، وكذا إذا جمع بين عصير العنب ونقع التمر لما قلنا . ولو طبخ نقيع التمر والزبيب أدنى طبخة ثم أنقع فيه تمر أوزيب ، إن كان ما أنقع فيه شيئاً يسيراً لا يتخذ النبيذ من مثله لا بأس به ، وإن كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما إذا صب في المطبوخ قدح من النقع . والمعنى تغليب جهة الحرمة ، ولا حدة في شربه لأن التحريم للاحتياط وهو للحد في درته . ولو طبخ الخمر أو غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لأن الحرمة قد تقرر فلا ترتفع بالطبخ . قال (ولا بأس بالانتباه في الدباء والحنتم والمزفت والنقير) لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الأوعية « فاشربوا في كل ظرف ، فإن الظرف لا يحل شيئاً ولا يحرّمه . ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعد ما أخبر عن النهي عنه فكان ناسخاً له ، وإنما ينتبه فيه بعد تطهيره ، فإن كان الوعاء عتيقاً يغسل ثلاثاً فيطهر . وإن كان جديداً لا يطهر عند محمد لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق . وعند أبي يوسف يغسل ثلاثاً ويخفف في كل مرة وهي مسئلة ما لا ينصرف بالعصر . وقيل عن أبي يوسف : يملأ ماء مرة بعد أخرى ، حتى إذا خرج الماء صافياً غير متغير يحكم بطهارته . قال (وإذا تخللت الخمر حلت سواء صارت

بأدنى طبخة ، وقد صرح بذلك القدوري قبل هذا وهو قوله ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وإن اشتد انتهى . أقول : وقول القدوري بعده : ولا بأس بالخليطين أظهر في ترويح نظر صاحب الغاية من قوله ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وإن اشتد ، إذ لقايل أن يقول : يجوز أن يكون في الاجتماع ما لا يكون في الانفراد ، فلا يستلزم الحل في الثاني الحل في الأول . وقد تشبث صاحب الغاية في ترويح نظره بقول القدوري الأول ولم يتعرض لقوله الثاني ، وكأن صاحب الكافي فهم ركافة فيما ذكره المصنف هاهنا حيث غير عبارته في الصورة الثانية فقال : ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر أو بين العنب والزبيب لا يحل ما لم يذهب بالطبخ منه ثلثاه انتهى . ويحتمل أن يقع لفظ التمر في قول المصنف أو بين التمر والزبيب بدل لفظ العنب سهواً من نفس المصنف أو من الناسخ الأول ، إلا أنه يبقى نوع قصور في التعليل الذي ذكره هاهنا عن إفادة المدعى في الصورة الثانية على كل حال ، إذ لم يتعرض بالزبيب في التعليل قط . ثم اعلم أن تاج الشريعة وجه ما وقع في نسخ الهداية هاهنا حيث قال : فإن قلت : هذا المعنى لا يتأتى في التمر والزبيب على ما قال

أباحيفة يقول : إنها لا تحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ ، وهذا أصبح لما ذكره في الكتاب . (قال ولا بأس بالانتباه في الدباء الخ) يجوز أكثر أهل العلم الانتباه في الدباء وهو القرع والحنتم وهو جرار حمر أو خضر يحمل فيها الخمر إلى المدينة الواحدة حنتم ، والمزفت وهو الظرف المطلي بالزفت وهو القير ، والنقير وهو الخشبة المنقورة لقوله صلى الله عليه وسلم « نهيتكم عن ثلاث : عن زيارة القبور فزورها فقد أذن لحمد في زيارة قبر أمه ولا تقولوا هجرا ، وعن لحم الأضاحي أن تمسكوه فوق ثلاثة أيام فأمسكوا ما بدا لكم وتزودوا فإنما نهيتكم ليتسع به موسعكم على معسركم ، وعن النبيذ في الدباء والحنتم والمزفت فاشربوا في كل ظرف ، فإن الظرف لا يحل شيئاً ولا يحرّمه » ولكن إنما ينبذ فيه إن كان فيه خمر بعد التطهير على ما ذكر في الكتاب . قال شيخ الإسلام رحمه الله في مبسوطه : إنما نهى عن هذه الأوعية على الخصوص ، لأن الأنبذة تشتد في هذه الظروف أكثر مما تشتد في غيرها : يعني فصاحبها على خطر من الوقوع في شرب المحرم . وقوله (وإذا تخللت الخمر) يعني أن خل الخمر حلال عندنا سواء تخللت بنفسها أو خللت . وقال الشافعي رحمه الله : إن كان التخلل بإلقاء شيء فيها كالمالح وغيره فهو حرام قولاً واحداً ،

والوجه أن يقال : فصار الطبخ قبل العصر كالطبخ بعده في أنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه (قال المصنف : لأن التمر إن كان يكتفى فيه بأدنى طبخة الخ) أقول : هذا التعليل لا يفي بتمام ما ادعاه لظهور أنه لا يدل على المدعى الثاني ، ولعل الصحيح : أوبى العنب والزبيب مكان : بين التمر والزبيب فهي أول الناسخين وتبع الآخر للأولين .

خلا بنفسها أو بشيء يطرح فيها ، ولا يكره تخليلها) وقال الشافعي : يكره التخليل ولا يخل الخل الحاصل به إن كان التخليل بإلقاء شيء فيه قولاً واحداً ، وإن كان بغير إلقاء شيء فيه فله في الخل الحاصل به قولان . له أن في التخليل اقتراباً من الخمر على وجه التمول ، والأمر بالاجتناب ينفيه . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « نعم الإدام الخل » من غير فصل ، وقوله عليه الصلاة والسلام « خير خل خمركم » ولأن التخليل يزول الوصف المفسد وتثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة . والتغذى به والإصلاح مباح . وكذا الصالح للمصالح اعتباراً بالتخليل بنفسه وبالذباغ والاقتراب لإعدام الفساد فأشبهه الإراقة . والتخليل أولى لما فيه من إحراز مال يصير حلالاً في الثاني فيختاره من ابتلى به : وإذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازىها من الإناء : فأما أعلاه وهو الذي نقص منه الخمر قليل يطهر تبعاً . وقليل لا يطهر لأنه خمر يابس إلا إذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر : وكذا إذا صب فيه الخمر ثم ملئ خلا يطهر في الحال على ما قالوا . قال (ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به) لأن فيه أجزاء الخمر والانتفاع بالحرم حرام . ولهذا لا يجوز أن يداوى به جرحاً أو دبرة دابة ولأن يسقى ذمياً ولا أن يسقى صيباً للتداوى والوبال على من سقاه . وكذا لا يسقيها الدواب . وقليل لا تحمل الخمر إليها ، أما إذا قيدت إلى الخمر فلا بأس به كما في الكلب والميتة . ولو ألقى

في المختصر إنه يكتفى فيهما بأدنى طبخة . قلت : إن هذا على ما روي عن الرادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يخل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ انتهى . واقتنى أثره العيني . قلت : ويؤيده ما ذكره في الفصل الثاني من كتاب الأشربة من المحيط البرهاني حيث قال فيه : وإذا طبخ الزبيب أدنى طبخة فهو النيذ ويحل شربه مادام حلواً ، وأما إذا غلى واشتد وقذف بالزبد فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية يحل الشرب ، وعلى قول محمد والشافعي رحمهما الله لا يخل . وروى هشام في نوادره عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه ما لم يذهب الثلثان بالطبخ لا يخل انتهى ، والله الموفق .

وإن كان بالنقل من الظل إلى الشمس وعكسه فله قولان . وقال في الفرق : ما ألقى في الخمر يتنجس بملاقاته الخمر ، والمتنجس لا يفيد الطهارة لغيره ، وليس فيها إذا تخللت بنفسها شيء من ذلك . ودليله على أحد الوجهين ما ذكره في الكتاب . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « نعم الإدام الخل » هو يتناول الخل والتخلل لا محالة ، ولأن التخليل إصلاح المفسد بإثبات صفة الصلاح من حيث التغذى به وكسر الشهوة وتسكين الصفراء وغير ذلك ، وإصلاح المفسد إن لم يكن واجباً فلا أقل من الإباحة والمنازع مكابر . وقوله (وكذا الصالح للمصالح) يجوز أن يكون معناه الخلل صالح للمصالح ، والصالح للمصالح مباح اعتباراً بالتخلل بنفسه وبالذباغ . وقوله (والاقتراب لإعدام الفساد) جواب عن قوله إن في التخليل اقتراباً من الخمر على وجه التمول . ووجهه لانسلم أنه على وجه التمول بل المنظور إليه إعدام الفساد وذلك بالإراقة جائز بالتخليل أولى لما فيه من إحراز مال يصير حلالاً في المال ، وهذا ظاهر وما بعده إلا المكابرة . فإن قيل : فما تصنع بقوله صلى الله عليه وسلم « لا ولكن أرقها » حين سأله أبو طلحة عن تخليل خمر أيتام عنده ، وبما روي « أنه صلى الله عليه وسلم نهى أن يتخذ الخمر خلا » أجيب عن الأول بأن ذلك في ابتداء التحريم قمعاً لهم أن يحوموا حول الخمر كما حرم الانتباز في الأوعية المذكورة مع تصريحه ثانياً بأن الظرف لا يجرمه . ويوضحه « أنه عليه الصلاة والسلام أمر بكسر الدنان وشق الزقاق » وعن الثاني أن المراد بالاتخاذ الاستعمال كما في النهي عن اتخاذ الدواب كراسي ، فإن المراد به الاستعمال ، ولما نزل قوله تعالى « اتخذوا أحبارهم ورهبانهم أرباباً من دون الله » قال عدى بن حاتم : ماعبدناهم قط ، فقال عليه الصلاة والسلام : أليس كانوا يأمرون وينهون وتطيعونهم ؟ قال نعم ، فقال : هو ذلك « فسر اتخاذ بالاستعمال . دردي الخمر وغيرها : ما يبقى في أسفله ، ومعناه يحرم شرب دردي الخمر والانتفاع به ،

الدردي في الخل لا بأس به لأنه يصير خلا لکن يباح حمل الخل إليه لا عكسه لما قلنا . قال (ولا يحد شاربه)
أي شارب الدردي (إن لم يسكر) . وقال الشافعي : يحد لأنه شرب جزءا من الخمر . ولنا أن قليله لا يدعو
إلى كثيره لما في الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فأشبهه غير الخمر من الأثرية ولا حد فيها إلا بالسكر .
ولأن الغالب عاياه الثفل فصار كما إذا غلب عليه الماء بالامتزاج (ويكره الاحتقان بالخمر وإقطارها في الإحليل)
لأنه انتفاع بالمحرم . ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب . ولو جعل الخمر في مرقة لا تؤكل لتنجسها بها .
ولا حد . ألم يسكر منه لأنه أصابه الطبخ . ويكره أكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام أجزاء الخمر فيه .

(فصل في طبخ العصير)

والأصل أن ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كأن لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث
الباقى . بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى
الثلث فيحل . لأن الذي يذهب زبدا هو العصير أو ما يمازجه . وأيا ما كان جعل كأن العصير تسعة دوارق
فيكون ثلثها ثلاثة . وأصل آخر أن العصير إذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه . إن كان الماء أسرع
ذهابا لرقته ولطافته . يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لأن الداهب الأول
هو الماء والثاني العصير . فلا بد من ذهاب ثلثي العصير . وإن كانا يذهبان معا تغلي الجملة حتى يذهب ثلثاه
 ويبقى ثلثه فيحل لأنه ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث الباقي ماء وعصير فصار كما إذا صب الماء فيه بعد
ما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه . بيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون دورقا من ماء . ففي الوجه الأول

(فصل في طبخ العصير)

قال جماعة من الشراح : لما كان طبخ العصير من أسباب منعه عن التخمر ألحقه بالأثرية تعليما لإبقاء ماهو حلال على حله .
وقال بعضهم : لما ذكر فيما تقدم أن العصير لا يخل بالم يذهب ثلثاه شرع يبين كيفية طبخ العصير إلى أن يذهب ثلثاه (قوله
لأن الذي يذهب زبدا هو العصير أو ما يمازجه . وأيا ما كان جعل كأن العصير تسعة فيكون ثلثها ثلاثة) أقول : فيه شيء وهو

وإنما خص الامتشاط لأن له تأثيرا في تحسين الشعر . وقوله لما قلنا إشارة إلى التعليل المستفاد من قوله كما في الكلب والميته (ولا
يحد شارب الدردي إن لم يسكر) خلافا للشافعي قال : لأنه شرب جزءا من الخمر فيجب الحد ولنا الخ واضح .

(فصل في طبخ العصير)

لما كان طبخ العصير من أسباب منعه عن التخمر ألحقه بالأثرية تعليما لإبقاء ماهو حلال على حله . الدورق : مكيال للشراب
وهو عجمي . قوله (وإن كان يذهبان معا تغلي الجملة حتى يذهب ثلثاه) قال في النهاية : كأن محمدا علم أن العصير على نوعين :
منه مالو صب فيه الماء وطبخ يذهب الماء أولا ، ومنه إذا صب فيه الماء يذهبان معا ، ففصل الجواب فيه تفصيلا . وحاصله
أن الماء متى ما كان أسرع ذهابا فإنه يطبخ حتى يبقى ثلث العصير ، وإن كانا يذهبان معا فإنه يطبخ حتى يبقى ثلث الكل . وقوله
(في الوجه الأول) يعني ما يذهب فيه الماء أولا . وقوله يطبخ حتى يبقى تسع الجملة . قال شيخ الإسلام : طريق معرفته أن

(فصل في طبخ العصير)

يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لأنه ثلث العصير : وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا . والغلي بدفعة أو دفعات سواء إذا حصل قبل أن يصير محرما . ولو قطع عنه النار فعلى حتى ذهب الثلثان يحل لأنه أثر النار . وأصل آخر أن العصير إذا طبخ فذهب بعضه ثم أهريق بعضه كم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه أن تأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب ماذهب بالطبخ قبل أن ينصب منه شيء فما يخرج بالقسمة فهو حلال . بيانه عشرة أرطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم أهريق منه ثلاثة أرطال تأخذ ثلث العصير كله وهو ثلاثة وثلث وتضربه فيما بقي بعد المنصب هو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ماذهب بالطبخ منه قبل أن ينصب منه شيء وذلك تسعة . فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان . فعرفت أن الحلال فيما بقي منه رطلان وتسعان . وعلى هذا تخرج المسائل ولها طريق آخر .

أن وجه جعل العصير تسعة دوارق على تقدير أن يكون الذاهب زبدا هو العصير غير ظاهر ، إذ لا يكون حينئذ فرق بين الذاهب زبدا من عشرة دوارق وبين الباقي منها في كونها عصيرا ، فإذا جاز اعتبار بعض منها وهو الذاهب زبدا في حكم العدم بلا أمر يوجب فلم لا يجوز اعتبار بعض من التسعة الباقية منها أيضا في حكم العدم عند ذهابه بالطبخ . والأظهر في تعليل هذا الأصل أن يقال : لأن الذي يذهب زبدا جعل كأن لم يكن . لأن الزبد ليس بعصير فقدر كما لو صب فيه دורך من ماء ، ولو كان كذلك لم يعتبر الماء فكذلك هذا . ويفصح عن ذلك ما ذكره . الغاية نقلا عن أصل محمد رحمه الله حيث قال : قل محمد : في الأصل عشرة دوارق عصير تصب في قدر فتطبخ فتغلي ويصف بالزبد . فجعل يأخذ ذلك الزبد حتى جمع من ذلك الزبد قدر دורך . ثم يطبخ الباقي حتى يبقى ثلاثة دوارق وهو ثلث الباقي بعد الدורך الذي أخذ منه ، وذلك لأن ما أخذ من الدורך زبد فجعل كأنه لم يكن . لأن الزبد ليس بعصير . وإذا لم يكن الزبد عصيرا يعتبر بما لو كان صب فيه دורך من ماء . ولو

يجعل كل عشرة من الماء والعصير على ثلاثة أسهم . لأنك تحتاج إلى أن تجعل عشرة دوارق عصير على ثلاثة لحاجتك إلى الثلث والثلثين فيكون الماء ستة والعصير ثلاثة والكل تسعة أسهم . فإذا ذهب الماء أولا فقد ذهب ستة من تسعة . وما ذهب يجعل كأن لم يكن لأنه ما بقي العصير لاغير وهو ثلاثة أسهم يطبخ حتى يذهب ثلثاه فقد ذهب مرة ستة ومرة اثنان فقد ذهب ثمانية وبقي واحد وهو تسع الكل . وقوله (وفي الوجه الثاني) يعني الذي يذهب الماء والعصير معا (يطبخ حتى يذهب عشرون ويبقى عشرة) لأنه يذهب بالغليان ثلثا العصير وثلثا الماء والباقي ثلث العصير وثلث الماء . فهي وما لو صب الماء في العصير بعد ما صار مثلثا سواء . وقوله (يحل) لأنه أثر النار . مثاله لو طبخ عصير حتى ذهب ثلاثة أخماسه وبقي خمسه ثم قطع عنه النار فلم يبرد حتى ذهب عنه تمام الثلثين فلا بأس بذلك . لأنه صار مثلثا بقوة النار . فإن الذي بقي من الحرارة بعد ما قطع عنه أثر تلك النار فهو وما لو صار مثلثا والنار تحته سواء . هذا بخلاف ما إذا برد قبل أن يصير مثلثا ثم غلى واشتد حتى ذهب بالغليان منه شيء . فإنه لا يحل لأن الغليان بعد ما انقطع عنه أثر النار لا يكون إلا بعد الشدة وحين اشتد صار محرما . وقوله (بيانه عشرة أرطال عصير : إلى قوله : فعرفت أن الحلال ما بقي منه رطلان وتسعان) وهذا لأن الرطل الذاهب بالطبخ في المعنى داخل فيما بقي ، وكان الباقي إن لم ينصب منه شيء تسعة أرطال فعرفنا أن كل رطل من ذلك في معنى رطل وتسع رطل . لأن الرطل الذاهب بالغليان يقسم على ما بقي أتساعا . فإذا انصب منه ثلاثة أرطال فهذا في المعنى ثلاثة أرطال وثلاثة أتساع رطل فيكون الباقي منه ستة أرطال وستة أتساع رطل فيطبخه حتى يبقى منه الثلث وهو رطلان وتسعا رطل . وقوله (ولها طريق آخر) قيل هو أن يجعل الذاهب بالغليان من الحرام . لأنه إنما يطبخ ليذهب الحرام ويبقى الحلال . فثلثا عشرة أرطال حرام وهو ستة أرطال .

(قوله وما ذهب يجعل كأن لم يكن لأنه ما بقي العصير لاغير) أقول : قوله لأنه : أي لأن الشأن ، ولفظه « ما » في قوله ما بقي موصولة والله أعلم .

وفى اكتفيننا به كفاية وهداية إلى تخرج غيرها من المسائل ،

(كتاب الصيد)

قال : الصيد الاصطياد ، ويطلق على ما يصاد ، والفعل مباح لغير المحرم فى غير الحرم

كان كذلك لا يعتبر الماء وإنما يعتبر العصير وهى تسعة دوارق ، فكذلك هذا ، إلى هنا لفظه (قوله وفى اكتفيننا به كفاية وهداية إلى تخرج غيرها من المسائل) قلت : فيه إيهاى لطيف لكتابه المسمى أحدهما بكفاية المنهى والآخر بالهداية .

(كتاب الصيد)

قال صاحب غاية البيان : مناسبة كتاب الصيد بكتاب الأشربة من حيث أن كل واحد من الأشربة والصيد من المباحات التى تورث السرور والنشاط فى الآدى ، إلا أن السرور فى الأشربة المباحة أكثر لأنه بأمر يدخل فى الباطن والسرور فى الصيد بأمر خارجى فكان الأول أقوى ، وصار بالتقديم أولى انتهى . أقول : فيه نظر . أما أولا فلأن وضع كتاب الأشربة لبيان الأشربة المحرمة دون الأشربة المباحة ، وإلا لذكر فيه كل أشربة مباحة على التفصيل ، مع أنه لم يذكر فيه من الأشربة المباحة إلا نبذ قليل له مناسبة مع بعض الأشربة المحرمة فى وجه ما حتى وقع لأجله الخلاف من بعض العلماء فى حله على أنهم صرحوا فى أول كتاب الأشربة بأن الأشربة جمع شراب . والشراب عند أهل الشرع اسم لما هو حرام من المائعات ، فما معنى قوله إن كل واحد من الأشربة والصيد من المباحات التى تورث السرور . وأما ثانيا فلأن ما ذكره هاهنا لا يناسب ما ذكره فى أول كتاب الأشربة . فإنه قال هناك : ذكر كتاب الأشربة بعد الشراب لمناسبة بينهما فى الاشتقاق ، ولكن قدم الشراب لأنه حلال والأشربة فيها الحرام كالخمر انتهى . فقد جعل هناك وجه تأخير الأشربة عن الشراب حرمتها : وجعل هاهنا وجه مناسبتها بالصيد لإباحتها مع إيراد السرور : فبين كلاميه فى المقامين تنافر لا يخفى . فالوجه الظاهر فى مناسبة كتاب الصيد لكتاب الأشربة وفى تقديم الأشربة على الصيد ما ذكر فى الشروح الآخر فراجعها (قوله الصيد هو الاصطياد يطلق على ما يصاد)

وثلاثا رطل وثلاثة أرطال وهو ثلاثة أرطال وثلاث رطل : والذاهب بالطبخ ذاهب من الحرام . والباقي تسعة أرطال والحلال منها ثلاثة أرطال وثلاث رطل : والحرام خمسة أرطال وثلاث رطل : فإذا أريق ثلثه فهو من الحلال والحرام جميعا لأنه لا تعلق للذاهب عينا بالحلال أو بالحرام وكان الذاهب منهما على السواء . فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل فيبقى ثلثاه رطلان وتسع رطل . ولو رمت زيادة الانكشاف فاجعل كل رطل تسعا لاحتياجك إلى حساب له ثلث وثلثه ثلث وهو تسعة فصارت أرطال الحلال ثلاثين سهما وقد أريق ثلثه وهو عشرة فيبقى عشرون وهو رطلان وتسع رطل .

(كتاب الصيد)

مناسبة كتاب الصيد لكتاب الأشربة من حيث أن كل واحد من الأشربة والصيد مما يورث السرور . إلا أنه قدم الأشربة

(كتاب الصيد)

مر فى فصل جنابة الصيد من كتاب الخج تعريفان للصيد (قوله من حيث أن كل واحد من الأشربة) أقول : ومن حيث أن الصيد من الأطعمة ، ومناسبتها للأشربة غير غفيرة . ثم كما أن من حلالا وحراما كذلك من الصيد ما هو حلال وحرام (قوله إلا أنه قدم الأشربة)

لقوله تعالى - وإذا حللتم فاصطادوا .

يعنى أن الصيد مصدر بمعنى الاصطياد وهو أخذ الصيد : كالاتطاب وهو أخذ الخطب : ثم يراد به ما يصاد مجازاً إطلاقاً لاسم المصدر على المفعول وهو الممتنع المتوحش عن الأدنى بأصل الخلقة مأكولاً كان أو غير مأكول : كذا في غاية البيان . وقال في الخلاصة : وإنما يحل الصيد بخمسة عشر شرطاً . خمسة في الصيد : وهو أن يكون من أهل الذكاة : وأن يوجد منه الإرسال ، وأن لا يشاركه في الإرسال من لا يحل صيده : وأن لا يترك التسمية عامداً : وأن لا يشتغل بين الإرسال والأخذ بعمل . وخمسة في الكلب : منها أن يكون معلماً : وأن يذهب على سنن الإرسال . وأن لا يشاركه في الأخذ ما لا يحل صيده ، وأن يقتله جرحاً : وأن لا يأكل منه . وخمسة في الصيد : منها أن لا يكون متقوياً بأنياه أو مخلبه : وأن لا يكون من الحشرات ، وأن لا يكون من بنات الماء سوى السمك ، وأن يمنع نفسه بجناحيه أو قوائمه : وأن يموت بهذا قبل أن يوصل إلى ذبحه انتهى . وذكرت هذه الشروط في النهاية وغاية البيان أيضاً نقلاً عن الخلاصة . وذكرها صاحب العناية أيضاً ، وقال : كذا في النهاية منسوباً إلى الخلاصة . وقدح بعض الفضلاء في واحد من هاتيك الشروط حيث قال : قوله وأن يموت بهذا قبل أن يوصل إلى ذبحه مستدرك بعد قوله وأن يقتله جرحاً انتهى . أقول : لا استدراك فيه : لأن الشرط الذى أريد بقوله وأن يقتله جرحاً ليس مجرد قتله بل قتله جرحاً والمقصود منه الاحتراز عن قتله خنقاً ، فإنه لا يحل أكله حينئذٍ كما ستقف عليه ، وكذا الشرط الذى أريد بقوله وأن يموت بهذا قبل أن يوصل إلى ذبحه ليس مجرد موت بل موته قبل أن يوصل إلى ذبحه : إذ لو مات بذلك بعد أن يصل المرسل إلى ذبحه لم يحل أكله إن لم يذبحه المرسل كما ستعرفه أيضاً . ولا شك أن اشتراط أن يقتله الكلب جرحاً لا يغني عن اشتراط أن يموت الصيد بجرح الكلب قبل أن يصل المرسل إلى ذبحه بلحواز أن يقتله الكلب جرحاً بعد أن يصل المرسل إلى ذبحه فحينئذٍ لا يحل أكله ، فلا بد من بيان الشرط الآخر أيضاً على الاستقلال . وطعن صاحب العناية في جملة ما نقل عن الخلاصة حيث قال : فيه تسامح ، لأن هذا شرط الاصطياد للأكل بالكلب لا غير : على أنه لو انتفى بعضه لم يحرم كما لو اشتغل بعمل آخر لكن أدركه حياً فذبحه ، وكذا إذا لم يموت بهذا لكنه ذبحه فإنه صيد وهو حلال انتهى . أقول : يمكن أن يعتد بما ذكره في علاوته بأن الكلام في شرائط

لحرمها اعتناء بالاحتراز عنها ومحاسنه ومحاسن المكاسب ، وسببه يختلف باختلاف حال الصائد ، فقد يكون الحاجة إليه ، وقد يكون إظهار الجلالة ، وقد يكون الفرح . والصيد مصدر وقد يراد به المفعول ، وهو حلال وحرام ، لأن الصائد إما أن يكون محرماً أولاً ، فإن كان فهو حرام ، وإن لم يكن ، فأما إن اصطاد في الحرم أولاً ، فإن اصطاد فيه فكذلك ، وإلا فهو حلال إذا وجد خمسة عشر شرطاً : خمسة في الصائد : وهو أن يكون من أهل الذكاة : وأن يوجد منه الإرسال ، وأن لا يشاركه في الإرسال من لا يحل صيده : وأن لا يترك التسمية عامداً ، وأن لا يشتغل بين الإرسال والأخذ بعمل آخر . وخمسة في الكلب : أن يكون معلماً وأن يذهب على سنن الإرسال وأن لا يشاركه في الأخذ ما لا يحل صيده ، وأن يقتله جرحاً ، وأن لا يأكل منه . وخمسة في الصيد : أن لا يكون من الحشرات وأن لا يكون من بنات الماء إلا السمك وأن يمنع نفسه بجناحيه أى قوائمه وأن لا يكون متقوياً بأنياه أو مخلبه وأن يموت بهذا قبل أن يصل إلى ذبحه كذا في النهاية منسوباً إلى الخلاصة وفيه تسامح لأن هذا شرط الاصطياد للأكل بالكلب لا غير . على أنه لو انتفى بعضه لم يحرم كما لو اشتغل بعمل آخر لكن أدركه حياً فذبحه وكذا إذا لم يموت بهذا لكنه ذبحه فإنه صيد ، وهو حلال ، وهو مشروع بالكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقوله تعالى - وإذا حللتم فاصطادوا - ؛

أقول : لا يقال كونها مع الشرب شعباً عرق واحد يكتفى في وجه تقديمها على الصيد لأنه لم يدع أحد عدم الكفاية ، وإنما المقصود إبداء وجه آخر ولا مشاحة فيه (قوله وأن يموت بهذا) أقول : قوله وأن يموت بهذا مستدرك بعد قوله وأن يقتله جرحاً (قوله قبل أن يصل إلى ذبحه) أقول : وإلا لا يكون صيداً محضاً والكلام في حله « فوله وفيه تسامح لأن هذا شرط الاصطياد للأكل بالكلب » أقول : فيه تسامح بل شرط حل الصيد (قوله لا غير) أقول : يعنى لا غير من سباع الطيور (قوله على أنه لو انتفى بعضه لم يحرم الخ) أقول : مراد صاحب الخلاصة ببيان شرائط حل صيد قتله الكلب ولم يكن فيه آلة غير فليتامل (قوله وكذا إذا لم يموت بهذا) أقول : ناظر إلى قوله وأن يموت بهذا قبل أن يصل إلى ذبحه

وقوله عز وجل - وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما - ولقوله عليه الصلاة والسلام لعديّ ابن حاتم الطائي رضي الله عنه « إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل . وإن أكل منه فلا تأكل لأنه إنما أمسك على نفسه . وإن شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك » وعلى إباحته انعقد الإجماع . ولأنه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك . وفيه استبقاء المكلف وتمكينه من إقامة التكاليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب . ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان : أحدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي .

حل الصيد المحض وهو الذي لم يدركه الصياد حيا بل مات بجرح آلة الصيد كالكلب والبازي والرمي وصار مذبوحا بالذبح الإلصطراطي . وما أدركه حيا فذبحه لا يكون صيدا محضا بل يصير ملحقا بسائر ما يذبح بالذبح الاختياري فيكون خارجا عن محل الاشتراط . وطعن بعض الفضلاء في قول صاحب العناية فيه تسامح . لأن هذا شرط الاصطياد للأكل بالكتاب حيث قال : فيه تسامح بل شرط حل الصيد . أقول : الظاهر أن مراد صاحب العناية بالاصطياد في قوله لأن هذا شرط الاصطياد للأكل هو الاصطياد الشرعي وهو ما كان حاله : فيقول معنى قوله شرط الاصطياد إلى شرط حل الصيد : فإن عدا هذا تسامحا فهو من قبيل التسامح في التعبير بناء على ظهور المراد . ولا يبالى بمثله بخلاف ما ذكره صاحب العناية من التسامح في كلام صاحب الخلاصة . فإنه راحه إلى المعنى تدبر تفهم . ثم قصد ذلك البعض دفع ما ذكره صاحب العناية في علاوته حيث قال : مراد صاحب الخلاصة بيان شرائط حل صيد قتله الكلب ولم يكن فيه آلة غيره فابتأمل انتهى . أقول : لا يذهب عليك أن كلام صاحب الخلاصة مع عدم مساعدته لهذا التقييد وعدم قيام قرينة عالية لا يدفع كون مراده هذا المعنى التسامح الذي حاصله التقصير في البيان . فإنه لا وجه لبيان شرائط حل نوع مخصوص من أنواع الصيد وترك بيان شرائط سائر أنواعه بلا ضرورة داعية إليه (قوله وقوله عز وجل - وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما -) مد التحريم إلى غاية فاقضى الإباحة فيما وراء تلك الغاية ، كذا قالوا . واعترض عليه صاحب العناية حيث قال : فيه نظر . لأنه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة اه . أقول : لا نسلم أن مفهوم الغاية ليس بحجة ، بل هو حجة بالاتفاق كما نص عليه العلامة التفتازاني في التلويح في باب المعارضة وال ترجيح بصدد بيان المخلص لدفع التعارض بين قراءة التشديد وقراءة التخفيف في قوله تعالى - ولا تقربوهن حتى يطهرن - .

فإن أدنى مرتبة الأمر الإباحة ، وقوله تعالى - وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما - فإنه يدل على الحل إذا زال الإحرام . وفيه نظر لأنه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة ، ولو ذكر مكانه - أحل لكم صيد البحر - كان أنسب . وأما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم لعديّ بن حاتم على ما ذكر في الكتاب ولم يرو خلاف لأحد في إباحته فكان إجماعا . وقوله (ولأنه نوع اكتساب ، والاكتساب مباح كالاحتطاب) استدلال بالمعقول .

(قال المصنف : وقوله عز وجل - وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما -) أقول : ما دام الوقت فعل بمدة ثبوت مصدر خبرها لفعل ذلك المصدر ، فأنشأت في قولك اجلس ما دام زيد قائما أبود مؤقت جلوس المخاطب بمدة ثبوت قيام أبي زيد ، وما التى في ما دام مصدرية والمضاف الذي هو الزمان محذوف : أى مدة دوام قيام أبي زيد ، كذا في شرح الرضوي (قوله وفيه نظر . لأنه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة) أقول : في التلويح : مفهوم الغاية حجة بالاتفاق مع أنه يجوز أن يكون المقصود بيان حرمة المحرم للمعلوم من قوله لغير المحرم ، ويثبت جوازه لغير المحرم بالإباحة الأصلية . ولقوله تعالى - خلق لكم ما في الأرض جميعا - انتهى ، وفيه بحث ، إذ الكلام في حل الفعل ، ثم لو ثبت الجواز بالإباحة الأصلية لم يحتج إلى الدليل ، وذلك لأن الأصل في الحل بالذبح هو الذبح الاختياري والاضطراري على خلاف الأصل .

(فصل في الجوارح)

قال (ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة . وفي الجامع الصغير : وكل شيء علمته من ذى ناب من السباع وذى مخلب من الطير فلا بأس بصيده : ولا خير فيما سوى ذلك إلا أن تدرك ذكاته)

(فصل في الجوارح)

قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لأن آلة الصيد هنا حيوان وفي الرمي جماد . وللحيوان فضل على الجماد والفاضل يقدم على المفضول ، كذا في الشروح (قوله وفي الجامع الصغير : وكل شيء علمته من ذى ناب من السباع وذى مخلب من الطير فلا بأس بصيده . ولا خير فيما سوى ذلك إلا أن تدرك ذكاته) قال صاحب العناية : إنما أورد رواية الجامع الصغير بقوله ولا خير فيما سوى ذلك : أي فيما سوى المعلمة من ذى الناب والمخلب ، فإن رواية القدوري تدل على الإثبات لا غير ، ورواية الجامع الصغير تدل على الإثبات والنفي جميعا انتهى . أقول : فيه شيء . إذ قد صرحوا في شروح هذا الكتاب وغيرها بأن تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق . فرواية القدوري أيضا تدل على إثبات جواز الاصطياد بما ذكر ، ونفي جوازه بما سوى ذلك فلا يتم قوله إن رواية القدوري تدل على الإثبات لا غير ، اللهم إلا أن يكون مراده أن رواية القدوري تدل بمنطوقها على الإثبات لا غير وإن دلت بمفهومها على النفي أيضا . وأما رواية الجامع الصغير فتدل بمنطوقها على الإثبات والنفي معا لكن لا يظهر حينئذ في إيراد رواية الجامع الصغير كبير نفع كما لا يخفى . قال جماعة من الشراح : إنما ذكر في الجامع الصغير بلفظ لا بأس مع ثبوت إباحة الاصطياد بالكتاب . لأن قوله تعالى - وما علمتم من الجوارح - قد خص منه البعض وهو الخنزير والأسد والدب . والنص إذا خص منه البعض يصير ظنيا فتمكن فيه الشبهة كما عرف في الأصول فلذلك ذكر بلفظ لا بأس انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن الخنزير مخصوص من النص المذكور بالعقل لأنه نجس العين ، والعقل يدل على عدم جواز الانتفاع بالنجس ، وقد عرف في علم الأصول أن النص الذي خص منه شيء بالعقل لا يصير ظنيا بل يكون قطعيا لكونه في حكم الاستثناء ، وقد أشار إليه المصنف بقوله فيما بعد : والخنزير مستثنى لأنه نجس العين ولا يجوز الانتفاع به . وأما الأسد والدب فليسا بداخلين رأسا في النص المذكور لأنهم صرحوا بأن الأسد والدب لا يصلحان للتعليم لأنهما لا يعملان

(فصل في الجوارح)

قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لما أن آلة الصيد هاهنا حيوان وفي الرمي جماد . وللفاضل تقدم على المفضول . قال (ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم الخ) يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد المعلم والبازي المعلم وسائر الجوارح المعلمة . وهذا بعمومه يتناول الأسد والذئب والدب والخنزير ، لكن الخنزير لكونه نجس العين لا يجوز الانتفاع به ، وكان ذلك معلوما لكل أحد فلم يستثنه ، والباقي إن أمكن تعليمها جاز الاصطياد بها . لكنهم قالوا : لا يمكن تعليم الأسد والدب لأن من عادتهما أنها إذا أمسكا صيدا لا يأكلانه في الحال ، والتعلم إنما يتحقق بترك الأكل فلا يعلم أنه ترك عادة أو تعلمها ، ولأن التعليم لأن يمسك للغير والأسد لعلو همته لا يفعل ذلك والدب لحساسته ، ولهذا استثناهما أبو يوسف رحمه الله . وألحق بعضهم الحدأة بالدب لمعنى الحساسية ، وإنما أورد رواية الجامع الصغير لقوله : ولا خير فيما سوى ذلك : أي فيما سوى المعلمة من ذى الناب والمخلب ، فإن رواية القدوري رحمه الله تدل على الإثبات لا غير ، ورواية الجامع الصغير تدل على الإثبات والنفي جميعا .

(فصل في الجوارح)

(قوله فإن رواية القدوري تدل الخ) أقول : تعليل لقوله وإنما أورد رواية الجامع الصغير .

والأصل فيه قوله تعالى - وما علمتم من الجوارح مكلين - .

للغير فلم يدخل تحت قوله تعالى - وما علمتم من الجوارح - ولا يفتى أن تخصيص شيء من شيء فرع دخوله فيه أولا . فإذا لم يدخل في النص المذكور لم يكونا مخصوصين منه . ولئن سلم كون كل من تلك الثلاثة مخصوصا من النص المذكور وكون تخصيص كل واحد منها بالكلام المستقل دون العقل فلا نسلم كون ذلك النص بعده ظنيا : إذ قد تقرر في علم الأصول أن العام الذي أخرج منه البعض بكلام مستقل إنما يصير ظنيا إذا كان المخرج موصولا بذلك . وأما إذا لم يكن موصولا به فيكون قطعيا في الباقي ويطلق على مثل هذا الإخراج في عرف أهل الأصول النسخ دون التخصيص ، ولا شك أن مخرج تلك الجوارح الثلاثة من النص المزبور ليس بموصول بذلك النص فلا يصير ظنيا لا محالة تبصر (قوله والأصل فيه قوله تعالى - وما علمتم من الجوارح مكلين -) وذلك لأنه عطف على الطيبات في قوله تعالى - قل أحل لكم الطيبات - أي أحل لكم الطيبات وصيد ما علمتم من الجوارح فحذف المضاف ، كذا في الكافي والشروح . قال صاحب العناية بعد ذلك : فيه نظر : لأن القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم . والجواب أن ذلك إذا لم يدل الدليل على القرآن وها هنا قد دل : فإن قوله تعالى - قل أحل لكم الطيبات - جواب عن قوله تعالى - يسألونك ماذا أحل لهم - فإن لم يكن - وما علمتم من الجوارح - مقارنا له لم يكن ذكره على ما ينبغي انتهى . أقول : نظره فاسد وجوانه كاسد . أما الأول فلأن اشتراك المعطوف مع المعطوف عليه في الحكم السابق واجب لا محالة مقرر في علم النحو بلا ارباب ، فيلزم في الآية المذكورة الاشتراك في حكم الإحلال ضرورة ، وقول الأصوليين القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم ليس بإنكار لمثل هذه القاعدة المقررة في علم النحو : بل معناه أن مجرد المقارنة في النظم لا يوجب المقارنة في الحكم بدون أن يتحقق أمر مقتض للمقارنة في الحكم أيضا ، وفيما نحن فيه قد تحقق ذلك وهو قضية العطف . وأما الثاني فلأن لقائل أن يقول : إنما يلزم من أن لا يكون - وما علمتم من الجوارح - مقارنا لأحل لكم الطيبات أن لا يكون ذكره على ما ينبغي لو كان - وما علمتم من الجوارح - داخل تحت جواب قوله تعالى - يسألونك ماذا أحل لهم - ومن يقول إن القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم كيف يسلم ذلك ، بل يقول : يجوز أن يكون جواب ذلك - قل أحل لكم الطيبات - فقط ويكون ما بعده كلاما مستقلا مسوقا لبيان حكم جديد ولا فائدة فائدة أخرى . ثم قال صاحب العناية : ويجوز أن يكون - وما علمتم من

(والأصل في ذلك) أي في جواز الاصطياد بالمذكور قوله تعالى - وما علمتم من الجوارح مكلين - وذلك لأنه معطوف على قوله تعالى - قل أحل لكم الطيبات - أي أحل لكم الطيبات وصيد ما علمتم ، وفيه نظر لأن القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم . والجواب أن ذلك إذا لم يدل الدليل على القرآن وها هنا قد دل : فإن قوله تعالى - قل أحل لكم الطيبات - جواب عن قوله - يسألونك ماذا أحل لهم - فإن لم يكن - وما علمتم من الجوارح - مقارنا له لم يكن ذكره على ما ينبغي ، ويجوز أن يكون - وما علمتم من الجوارح - شرطية ، وجوابه - فكلوا مما أمسكن عليكم - وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالحمل عليه أولى . والجوارح : الكواكب من سباع البهائم والطيور كالكلب والفهد والنمر والعقاب والصقروالبازي والشاهين وغيرهما قال الله تعالى - أم حسب الذين اجترحوا السيئات - وإنما قال في تأويل لأنه في تأويل آخر هي التي تخرج من الجراحة ، والمكليات بمعنى المسلمين فيتناول الكل بعمومه ، ولكن لما كان التأديب غالبا في الكلاب اشتق من لفظه . وفيه إشارة إلى نبي ما ذهب إليه ابن عمر ومجاهد رضى الله عنهم أنه لا يجوز

(قوله لأنه معطوف على قوله - قل أحل لكم الطيبات -) أقول : فيه تسامح لأنه معطوف على الطيبات (قوله وصيد ما علمتم) أقول : والقرينة على تقدير الصيد قوله تعالى - فكلوا مما أمسكن - فليفهم (قوله وفيه نظر ، لأن القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم) أقول : ليس ذلك من القرآن في النظم ، لأن قوله تعالى - وما علمتم من الجوارح - مفرد معطوف على الطيبات بتقدير المضاف فيحكم الإحلال ضرورة (قوله ولكن لما كان التأديب غالبا في الكلاب اشتق من لفظه) أقول : فإن قيل : ما الحاجة إلى هذا العذر بعد ما ذكره المصنف من أن اسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الأسد . قلنا : ليتناول جوارح الطيور ، فالمراد بالكلب في قوله في الكلاب ما يهم كل سبع عقور ذي ناب فليتمل .

والجوارح : الكواصب . قال في تأويل المكليين : المسلطين ، فيتناول الكل بعمومه ، دل عليه ماروينا من حديث عدى رضي الله عنه . واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الأسد . وعن أبي يوسف أنه استثنى من ذلك الأسد والدب لأنهما لا يعملان لغيرهما . الأسد لعلو همته والدب لخساسته ، وألحق بهما بعضهم الحدأة لخساسته ، والخنزير مستثنى لأنه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به . ثم لا بد من التعميم ، لأن ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالإرسال ، ولأنه إنما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملاً له فيترسل بإرساله ويمسكه عليه . قال (تعليم الكلب أن يترك الأكل ثلاث مرات ، وتعليم البازي أن يرجع ويحجب إذا دعوته) وهو مأثور عن ابن عباس رضي الله عنهما ، ولأن بدن البازي لا يمتثل الضرب وبدن الكلب يمتثله فيضرب ليتركه ، ولأن آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة ، والبازي متوحش متنفّر فكانت الإجابة آية تعليمه . وأما الكلب فهو ألوف يعتاد الانتهاب

الجوارح - شرطية ، وجوابه - فكلوا مما أمسكن عليكم - وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالحمل عليه أولى انتهى . أقول : في تفريع قوله فالحمل عليه أولى خلل ، لأن الاعتراض المذكور لا يرد على معنى الآية بالتفسير الأول ، بل على الاستدلال به على مسئلتنا هذه ، ولا يخفى أن تعين معنى الآية أو رجحان أحد محتمليها لا يتوقف على تمام الاستدلال بها ، بل الأمر بالعكس ، فما معنى تفريع قوله فالحمل عليه أولى على قوله وهو سالم عن الاعتراض المذكور (قوله والجوارح الكواصب ، قال في تأويل : والمكليين المسلطين ، فيتناول الكل بعمومه ، دل عليه ماروينا من حديث عدى) قال صاحب العناية : واستدل المصنف على صحة التأويل بعموم حديث عدى بن حاتم . أقول : لاصحة لهذا الكلام ، إذ لا يذهب على ذي مسكة أن ليس مقصود المصنف بيان صحة تأويل دون صحة تأويل آخر ، إذ لا تنافي بين التأويلين كما سيحكي في الكتاب ، وأيضا عموم حديث عدى لا ينافي التأويل الآخر وهو أن يكون الجوارح هي التي تجرح من الجراحة بل يوافقه أيضا ، فما معنى الاستدلال بعمومه على صحة تأويل دون آخر ، فالظاهر أن مراد المصنف بقوله دل عليه ماروينا من حديث عدى إنما هو الاستدلال على تناول ما في الآية الكل بحديث عدى بن حاتم ، فالمعنى دل على تناول الكل ماروينا من حديث عدى وبينه بقوله واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الأسد ، لكن بقي شيء في كلام المصنف وهو أن المدعى جوارح الاصطياد بكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذو مخلب من الطير ، فالمراد بالتناول في قوله فيتناول الكل بعمومه إنما هو تناول لكل ما في المدعى . ولا يخفى أن حديث عدى لا يدل عليه لأنه لا يتناول جوارح الطيور ، وإنما يتناول جوارح السباع على تقدير أن يراد بالكل المذكور فيه كل ذي سبع دون النوع المعين المعروف (قوله لأن ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالإرسال) أقول : فيه نوع شبهة ، لأن كون ما تلناه من الآية ناطقا بالتعليم ، وما رواه من الحديث ناطقا بالتعليم وبالإرسال بما لا كلام فيه . وأما كون ما تلناه من الآية ناطقا باشتراط التعليم وكون ما رواه من الحديث ناطقا باشتراط التعليم كما هو المدعى هاهنا باشتراط الإرسال أيضا فليس بظاهر وإنما يدلان على الاشتراط المذكور بطريق مفهوم المخالفة ، وهو ليس بحجة عندنا في الأدلة الشرعية كما عرف (قوله ولأن آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازي متوحش متنفّر فكانت الإجابة آية تعليمه ، وأما الكلب فهو ألوف عادة يعتاد الانتهاب

الاصطياد إلا بالكل مستدلين بلفظ مكليين . واستدل المصنف رحمه الله على صحة التأويل بعموم حديث عدى بن حاتم . وقال : واسم الكلب يقع في اللغة على كل سبع حتى الأسد ، ومنه قوله عليه الصلاة والسلام في دعائه « اللهم سلط عليه كلبا من كلابك » فافترسه الأسد . وقوله (وعن أبي يوسف رحمه الله) متعلق بقوله فيتناول الكل بعمومه . وقوله (ولأن آية تعليمه ترك ما هو مألوفه عادة) .

(قال المصنف دل عليه ماروينا من حديث عدى) أقول : لكن لادلالة فيه على عموم جوارح الطيور ، بخلاف الآية (قال المصنف ولأن بدن البازي لا يمتثل الضرب) أقول : يعني لا يمكن تعليمه بترك الأكل إلا بالضرب حالة الأكل ، وجهته لامتثال الضرب ، فأما جهة

فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو الأكل والاستلاب . ثم شرط ترك الأكل ثلاثا وهذا عندهما وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله . لأن فيما دونه مزيد الاحتمال فلعله تركه مرة أو مرتين شعبا ، فإذا تركه ثلاثا دل على أنه صار عادة له . وهذا لأن الثلاث مدة ضربت للاختبار وإبلاء الأعذار كما في مدة الخيار . وفي بعض قصص الأخيار : ولأن الكثير هو الذي يقع أمانة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير وأدناه الثلاث فقدّر بها . وعند أبي حنيفة على ما ذكر في الأصل : لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائده أنه معلم ، ولا يقدر بالثلاث لأن المقادير لاتعرف اجتهدا بل نصا وسماعا ولا سمع فيفوتض إلى رأى المبتلى به كما هو أصله في جنسها . وعلى الرواية الأولى عنده يحل ما اصطاده ثالثا . وعندهما لا يحل لأنه إنما يصير معالما بعد تمام الثلاث وقبل التعليم غير معلم ، فكان الثالث صيد كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى . وله أنه آية تعليمه عنده فكان هذا صيد جارحة معلمة ، بخلاف تلك المسئلة ، لأن الإذن إعلام ولا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة . قال (وإذا أرسل كلبه المعلم أو بازيه وذكر اسم الله تعالى عند إرساله فأخذ

فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو الأكل والاستلاب) قال صاحب النهاية : ولكن هذا الفرق لا يتأتى في الفهد والنمر فإنه متوحش كالبازي ، ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء ، فالعتمد هو الأول . كذا في المبسوط انتهى . واقفتي أثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية . وزعم صاحب العناية أنه ليس بوارد حيث قال : قبل فيه نظر ، لأن هذا الفرق لا يتأتى في الفهد والنمر فإنه متوحش كالبازي ، ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء ، فالعتمد هو الأول ، وليس بوارد لأنه إنما ذكره فرقا بين الكلب والبازي لا غير وذلك صحيح ، وإذا أريد الفرق عموما فالعتمد هو الأول ، إلى هنا لفظه . أقول : ما قاله عذر بارد وتوجيه كاسد ، لأن اسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع كما ذكره المصنف فيما مر آنفا ، والظاهر أن المراد بالكلب في المدعى هاهنا هو المعنى العام لكل سبع لا الكلب المخصوص ، وإلا يلزم أن يترك بيان حال تعليم سائر السباع بالكلية فالمراد في التعليل أيضا هو الفرق عموما ، والذي يفيد الفرق عموما هو التعليل الأول دون الثاني ، فالعتمد هو الأول كما ذكر في عامة المعتمديات حتى المبسوط ثم إن بعض الفضلاء بعد أن ثبته لما قاله صاحب العناية من الركافة قال : ولعل الأولى أن يجاب بأنه لما كانت ذوات الناب كلها

قبل فيه نظر . لأن هذا الفرق لا يتأتى في الفهد والنمر فإنه متوحش كالبازي ، ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالعتمد هو الأول . وليس بوارد لأنه إنما ذكره فرقا بين الكلب والبازي لا غير وذلك صحيح ، وإذا أريد الفرق عموما فالعتمد هو الأول . وقوله (وفي بعض قصص الأخيار) قيل أراد به حكاية موسى مع الخضر عليهما الصلاة والسلام حيث قال في الكرة الثالثة - هذا فراق بيني وبينك - وقوله (كما هو أصله في جنسها) أي أصل أبي حنيفة رحمه الله في جنس المقادير نحو حبس الغريم وحده التقادم وتقدير ما غلب في نزع ماء البئر العينة . وقوله (وله أنه آية تعليمه عنده) أي أن ترك الأكل علامة

الكلب فتحتمله (قوله قيل فيه نظر) أقول : القائل صاحب النهاية وصاحب الكفاية وصاحب معراج الدراية (قوله وليس بوارد لأنه إنما ذكره فرقا بين البازي والكلب) أقول : لا يخفى عليك ما في ذكره من البعد والركافة ، فإن كلا الدليلين لإثبات الفرق بين الكلب والبازي ، وإذا عم الكلب في الأول لسائر ذوات الناب في الثاني يكون كذلك ، ولعل الأولى أن يجاب بأنه لما كانت ذوات الناب كلها جنسا واحدا وكان أكثر ما يستعمل منها في الصيد ألوفها مع أن في طبع غيره الإلف أيضا على مآثره في الذئب والأسد وغيرها إذا ربي من صغره في البيت ، بخلاف جوارح الطيور جعل الكل في حكم واحد في التعليم : يعني أدير حكم التعليم على جنس الكلب تيسيرا كما في نظائره فليتأمل (قال المصنف : فيضرب ليتركه) أقول : فإن قيل : وجوب ترك الأكل لصيرورة الكلب معلما إنما هو لأن آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة ، فلا بد من ملاحظة الدليل الثاني في إتمام الأول فيفوت استقلاله . قلنا : بل يثبت ذلك بقوله تعالى - فكلوا مما أمسكن - أي لم يأكلن ، إذ يعلم منه أن ترك الأكل شرط في حل أكل الصيد فلا تمس الحاجة إلى تلك الملاحظة ، وفيه بحث ، إذ لادالة فيه على كون الإمساك شرطا للتعليم كما لا يخفى على المتأمل وإلا لعلم في الطير (قال المصنف : كما في مدة الخيار) أقول : لا يفتن هذا على مذهبهما

الصيد وجرحه فمات حل أكله) لما روينا من حديث عدي رضى الله عنه . ولأن الكلب أو البازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة إلا بالاستعمال وذلك فيهما بالإرسال فنزل منزلة الرمي وإمرار السكين فلا بد من التسمية عنده . ولو تركه ناسيا حل أيضا على ما بيناه . وحرمة متروك التسمية عامدا في الذبائح . ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة الاضطرارى وهو الجرح في أى موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الآلة إليه بالاستعمال . وفي ظاهر قوله تعالى - وما علمتم من الجوارح - ما يشير إلى اشتراط الجرح . إذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تأويل فيحمل على الجراح الكاسب بنابه ومخابه ولا تنافى . وفيه أخذ باليقين .

جنسا واحدا وكان أكثر ما يستعمل منها في الصيد ألوقا مع أن في طبع غيره الإلف أيضا على ما تراه في الذئب والأسد وغيرهما إذا ربي من صغره في البيت ، بخلاف جوارح الطير جعل الكلب في حكم واحد في التعليم : يعنى أدير حكم التعليم على جنس الكلب تيسيرا كما في نظائره فليتأمل اه . أقول : ليس هذا أيضا بسديد . إذ بعد ما تقرر أن الفهد والنمر مما لا يتأقن فيه الإلف بل هما متوحشان كالبازي لا يكون جعل أنواع الكلب كلها في حكم واحد . وإدارة حكم التعليل على جنس الكلب من باب التيسير بل يكون من باب التعسير والتشديد . بل يلزم إذ ذاك أن يحمل المتوحش على الألوف وهو غير ميسر لاحالة . ثم أقول : بقى شيء في التعليل الأول أيضا وهو أنه قد ذكر في عامة المعبرات أن شمس الأئمة السرخسى قال ناقلا عن شيخه شمس الأئمة الحلوانى : للفهد خصال ينبغى لكل عاقل أن يأخذ ذلك منه . وعد منها أنه لا يتعلم بالضرب . ولكن يضرب الكلب بين يديه إذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك ، فقد ظهر منه أن تحمل بدن الفهد للضرب لا يجدى شيئا في حق تعليمه . وقد كان مدار الفرق بين البازي والكلب في التعليل الأول هو أن بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله . فيرد عليه أن مجرد احتمال بدل الكلب الضرب لا يفيد المدعى في حق الفهد إذ هو غير مؤثر في حق تعليمه فتأمل (قوله وفي ظاهر قوله تعالى - وما علمتم من الجوارح - ما يشير إلى اشتراط الجرح ، إذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تأويل فيحمل على الجراح الكاسب بنابه ومخابه ولا تنافى ، وفيه أخذ باليقين) وذلك لأن النص إذا ورد فيه اختلاف المعانى ، فإن كان بينهما تنافى ثبت أحدهما بدليل يوجب

تعليمه عند الثالث ، لأنه إنما يحكم بكونه معلما بطريق تعيين إمساكه الثالث على صاحبه . وإذا حكمت أنه يمسه على صاحبه وقد أخذه بعد إرسال صاحبه فيحمل . وقوله (فظاهر الرواية) يريد رواية الزيارات فإنه قال : لو قتل الكلب أو البازي الصيد من غير جرح لا يحل ، وأشار في الأصل إلى أنه يحل ، والفتوى على ظاهر الرواية . وقوله (في تأويل) يعنى غير ما أولناه أولا وهو . قوله والجوارح الكواسب في تأويل : وذلك ما يكون جارحا حقيقة بنابه ومخابه فيحمل على الجراح الكاسب : يعنى يجمع في الآية بين التأويلين لعدم التنافى بينهما ، وذلك لأن الأصل أن النص إذا ورد وفيه اختلاف المعانى ، فإن كان بينهما تنافى يحمل على أحدهما بدليل يوجب الترجيح ، وإن لم يكن بينهما تنافى يثبت الجميع أخذاً بالمتيقن كما في قوله تعالى - ولا يحل لمن أن يكتنن ما خلق الله في أرحامهن - قيل أريد به الحبل ، وقيل الحيض ، والصحيح أنها مرادان لأنه لا تنافى هاهنا ، وفيه نظر لأن الجرح إما أن يكون مشتركا بين الكسب والجرح الذى تحصل به الجراحة ، أو يكون حقيقة في أحدهما مجازا في الآخر ، والمشارك لا يعموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لا يجوز ، بخلاف قوله تعالى - ما خلق الله في أرحامهن - فإنه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطؤ . وقوله (وفيه) أى في الجراح الكاسب أخذ باليقين .

(قوله وفيه نظر) أقول : سبق إلى هذا النظر نظر الإيتافى (قوله والجرح التى) أقول : الظاهر أن يقال والجرح الذى (قوله والجمع بين الحقيقة والمجاز لا يجوز عندنا الخ) أقول : ويمكن أن يجاب عن هذا النظر بحمل قوله على الجراح الكاسب على المجاز . أما على طريقة ذكر السبب وإرادة المسبب ، فيكون المراد اشتراط الجرح والكسب ، أو على طريقة الاستعارة التبعية فيه بأن يشبه الحمل على الجرح المستلزم للكسب بالحمل على كلا المعنيين ، فيستلزم الثاني للأول ثم يشتق منه الفعل ، ولا يخفى عليك أولوية الحمل على الجرح من الحمل على الكسب لانطواء الأول على الثاني بدون العكس ، ويحتمل أن يجوز المصنف الجمع بين معنئى المشترك في هذه الصورة كما جوز في التنى على

وعن أبي يوسف أنه لا يشترط رجوعاً إلى التأويل الأول. وجوابه ما قلنا . قال (فإن أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل وإن أكل منه البازي أكل) والفرق ما بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد بما روينا من حديث عدى رضى الله عنه وهو حجة على مالك والشافعي في قوله القديم في إباحة ما أكل الكلب منه (ولو أنه صاد صيوداً ولم يأكل منها

ترجيحه لا الجميع . وإن لم يكن بينهما تناف يثبت الجميع أخذاً بالمتيقن كما في قوله تعالى - ولا يحل لمن أن يكتن ما خلق الله في أرحامهن - قيل أريد به الحبل . وقيل الحيض . والصحيح أنهما مرادان لأنه لا تنافي بينهما فكذاها هنا لا تنافي بين الكسب والجراحة . كذا في عامة الشروح . قال صاحب الغاية : فأقول على ما قالوا يلزمه عموم المشترك في موضع الإثبات وهو فاسد انتهى اه . وذكره صاحب العناية على وجه البسط والتوسيع حيث قال : وفيه نظر لأن الجرح إما أن يكون مشتركاً بين الكسب والجرح الذي يحصل به الجراحة أو يكون حقيقة في أحدهما مجازاً في الآخر والمشارك لاعموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لا يجوز بخلاف قوله تعالى - ما خلق الله في أرحامهن - فإنه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطؤ . إلى هنا كلامه . أقول : يمكن الجواب عنه بأن مراد المصنف من قوله يعمل على الجراح الكاسب بنابه ومخلبه أنه يجمع في الاعتبار والعمل بين كلا محتلمي النص المذكور من التأويلين لعدم التنافي بينهما وفيه أخذ بالمتيقن إذ يوجد في المجموع كل واحد منهما . فأى منهما يراد في النظم الشريف كان مأخوذاً في الاعتبار والعمل . وليس مراده أن كلا التأويلين يرادان معاً بل لفظ النص المذكور حتى يلزم عموم المشترك في الإثبات أو الجمع بين الحقيقة والمجاز . وصاحب العناية لزمه أن مرادهم هو الثاني قال في تفسير قول المصنف فيحمل على الجراح الكاسب : يعنى يجمع في معنى الآية بين التأويلين ، وكان حق التفسير أن يقال : يعنى يجمع في الاعتبار والعمل بين التأويلين كما نهت عليه آتفا . وقال صاحب معراج الدراية هاهنا : فإن قيل فيه جمع بين الحقيقة والمجاز أو عموم المشترك لأن الجوارح إما أن تكون حقيقة في الكواسب أو مجازاً . قلنا : لا كذلك ، بل الجوارح أخص من الكواسب ، فلو كان المراد بالكواسب الجوارح لا يلزم ذلك انتهى . أقول : جوابه ليس بسديد ، لأن كون الجوارح أخص من الكواسب لا يدفع لزوم المخلود المذكور في السؤال ، إذ لا شك أن مفهوم الأخص يغاير مفهوم الأعم وإلا يلزم أن يكون الشيء أخص من نفسه ، وهو ظاهر البطلان ، ولا ريب أن اللفظ الواحد لا يطلق على المعنيين المتغايرين سواء كان أحدهما أخص من الآخر أم لا إلا بطريق الاشتراك أو بطريق الحقيقة والمجاز فيلزم أحد المخلودين المذكورين في السؤال قطعاً على تقدير إرادتهما معاً من لفظ واحد (قوله وهو مؤيد بما روينا من حديث عدى) أقول : في كلامه هذا ركازة ، لأن ضمير هو في قوله وهو مؤيد إن كان راجعاً إلى الفرق كما هو الظاهر من أسلوب تحريره ، يرد عليه أن حديث عدى لا يفيد الفرق المذكور أصلاً ، فإنه إنما يدل على أن لا يؤكل ما أكل منه الكلب ، ولا يدل على أن يؤكل ما أكل منه البازي . وإفادة الفرق إنما تكون بالدلالة عليهما معاً وإن كان راجعاً إلى مضمون قوله فإن أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل كان حق قوله : وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدى أن يذكر عقيب قوله فإن أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل . ولما وسط بينهما قوله وإن أكل منه البازي أكل . وقوله والفرق ما بيناه في دلالة التعليم كان الكلام قلنا كما لا يخفى (قوله وهو حجة على مالك والشافعي في قوله القديم في إباحة ما أكل الكلب منه) فإن قيل : روى أبو ثعلبة الخشني رضى الله عنه « أنه صلى الله عليه وسلم قال له في صيد الكلب : كل وإن أكل منه » وذلك دليل

وقوله (رجوعاً إلى التأويل الأول) يعنى ماسبق من الكواسب . وقوله (وجوابه ما قلنا) يعنى قوله لا منافاة بينهما ، وفيه أخذ باليقين . وقوله (وهو حجة على مالك والشافعي رحمهما الله في قوله القديم في إباحة ما أكل الكلب منه) يعنى حديث عدى رضى الله عنه . فإن قيل : روى أبو ثعلبة الخشني رضى الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال له في صيد الكلب : « كل وإن أكل منه » وذلك

ما سيحى في الروايات ، وعلى هناك بعدم المنافاة أيضاً (قال المصنف : وهو مؤيد بما رويناه) أقول : جعله مؤيداً لاحجة أخرى لعدم

ثم أكل من صيده لا يؤكل هذا الصيد) لأنه علامة الجهل ، ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بينها في الابتداء . وأما الصيد التي أخذها من قبل فما أكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بأن كان في المفازة بأن لم يظفر صاحبه بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق ، وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما . هما يقولان إن الأكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم ، لأن الحرمة

واضح لهما . أجيب بأنه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى - فكلوا مما أمسكن عليكم - فإن الإمساك عليهم أن لا يأكل منه ، وحين أكل منه دل أنه أمسك على نفسه ، يؤيده قوله عليه الصلاة والسلام في حديث عدى « فإن أكل منه فلا تأكل كل لأنه إنما أمسك على نفسه » كذا في العناية أخذا من النهاية . أقول : يرد على هذا الجواب أن قوله تعالى - فكلوا مما أمسكن عليكم - إنما يدل على إباحة أكل ما لم يأكل منه الكلب ، ولا يدل على عدم إباحة أكل ما أكل منه إلا بطريق مفهوم المخالفة ، وهو ليس بمعتبر عندنا كما عرف في علم الأصول ، فلم يتحقق التعارض بين ذلك الحديث وبين قوله تعالى - فكلوا مما أمسكن عليكم - حتى يلزم أن يترك العمل بالحديث لكونه خبر واحد . لا يقال : يحصل بهذا الجواب إلزام الشافعي لأن مفهوم المخالفة حجة عنده ، وهذا التدركاف في صحة الجواب . لأننا نقول : لا يحصل إلزامه أيضا . لأن من يقول بكون المفهوم حجة لا ينكر أن المنطوق أقوى منه فلا يتحقق حكم التعارض عنده أيضا . والحق عندى في الجواب عن أصل السؤال أن يقال : حديث أبى ثعلبة معارض بحديث عدى ، وحديث عدى مرجح على حديث أبى ثعلبة لأن حديثه يحل ما أكل منه الكلب وحديث عدى يحرمه ، وقد عرف في أصول الفقه أن المحرم يرجح على المحلل عند التعارض فيجعل ناسخا له فوجب العمل بحديث عدى دون حديث أبى ثعلبة (قوله ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بينها في الابتداء) قال صاحب العناية : أراد ما ذكر أنه يحل عنده ما اصطاده ثالثا الخ . أقول : تفسير مراد المصنف بما ذكره هذا الشارح ليس بصحيح ، لأن فيما ذكره المصنف بقوله يحل عنده ما اصطاده ثالثا الخ روايتين لا غير : رواية عند أبى حنيفة وهى حل ما اصطاده ثالثا ، ورواية عند أبى يوسف ومحمد وهى عدم حل ذلك . وقد قال المصنف هاهنا على اختلاف الروايات كما بينها بصيغة الجمع ، فكيف يتصور أن يكون مراده ما ذهب إليه الشارح المذكور ؟ فالصواب أن مراد المصنف بقوله هاهنا على اختلاف الروايات كما بينها في الابتداء وهو الإشارة إلى ما ذكره فيما مر بقوله ثم شرط ترك الأكل ثلاثا وهذا عندهما وهو رواية عن أبى حنيفة إلى آخر ما ذكره في تلك المسئلة ، فحينئذ تتحقق الروايات وتنظم صيغة الجمع كما لا يخفى (قوله هما يقولان إن الأكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لأن الحرمة

دليل واضح لهما أجيب . بأنه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى - فكلوا مما أمسكن عليكم - فإن الإمساك عليهم أن لا يأكل منه ، وحين أكل منه دل على أنه أمسك على نفسه ، يؤيده قوله عليه الصلاة والسلام في حديث عدى « فإن أكل منه فلا تأكل كل لأنه إنما أمسك على نفسه » وقوله على اختلاف الروايات كما بينها ابتداء) أراد ما ذكر أنه يحل عنده ما اصطاده ثالثا الخ . وقوله (وأما الصيد التي أخذها من قبل) واضح ، وحاصل ذلك في المحرز الذى لم يؤكل أن أبى حنيفة يحكم بجعله مسندا ، وهما يقولان بالاعتصار على ما أكل ، لأن ما أحرزه المالك حكم بإباحته باجتهاد وقد حصل المقصود به وهو الإحراز فلا ينقض باجتهاد آخر مثله بعده . والجواب ما قال ، وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لأن المقصود هو الأكل ، ومثل ذلك ينقض باجتهاد آخر كتبدل اجتهاد القاضى قبل القضاء . وما قال أبو حنيفة أقرب إلى الاحتياط وعليه مبنى الحل والحرمة ، ولم يذكر ما إذا باع شيئا من صوده المقدرة والحكم فيه كالذى فيه الخلاف إذا تصادق البائع والمشتري على جهالة الكلب .

وفاته بتمام المدعى (قوله أجيب بأنه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى - فكلوا مما أمسكن عليكم - فإن الإمساك الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه لادلالة في الآية على النهى عن الأكل على تقدير انتفاء الإمساك ، ومفهوم المخالفة غير معتبر فأين المعارضة ، والمنطوق أقوى عند المتعبرين للمفهوم فلا يتحقق المعارضة أيضا (قوله أراد ما ذكر أنه يحل عنده ما اصطاده ثالثا الخ) أقول : فيه بحث ، بل الظاهر أن المراد

قد تنسى ، ولأن فيما أحرزه قد أمضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله ، لأن المقصود قد حصل بالأول ، بخلاف غير المحرز لأنه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الإحراز فحرمناه احتياطاً . وله أنه آية جهله من الابتداء ، لأن الحرفة لا ينسى أصلها . فإذا أكل تبين أنه كان ترك الأكل للشبع لا للعلم ، وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لأنه بالأكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء (ولو أن صقرا فرّ من صاحبه فكث حيناً ثم صاد لايؤكل صيده) لأنه ترك ما صار به عالماً فيحكم بجهله كالكلب إذا أكل من الصيد (ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه أكل) لأنه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية عامه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح له (ولو أخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة وألقاها إليه فأكلها يؤكل مابق) لأنه لم يبق صيدا فصار كما إذا ألقى إليه طعاما غيره ، وكذا إذا وثب الكلب فأخذه منه وأكل منه لأنه ما أكل من الصيد ، والشرط ترك الأكل من الصيد فصار كما إذا افترس شاته ، بخلاف ما إذا فعل ذلك قبل أن يحزره المسالك لأنه بقيت فيه جهة الصيدية (ولو نهس الصيد فقطع منه بضعة فأكلها ثم أدرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل) لأنه صيد كلب جاهل حيث أكل من الصيد (ولو ألقى من نهسه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه وأخذه صاحبه ثم مرّ بتلك البضعة فأكلها يؤكل الصيد) لأنه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره ، فإذا أكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه أولى ، بخلاف الوجه الأول لأنه أكل في حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه ، ولأن نهس البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعف بقطع القطعة منه فيدركه ، فالأكل قبل الأخذ يدل على الوجه الأول ، وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على جهله .

قد تنسى (أقول : الظاهر مما ذكره بعد هذا بقوله ولأن فيما أحرزه الخ أن يكون المذكور هاهنا دليلا تاما لهما . فيرد عليه أنه لو تم للدلالة على أن لا تثبت الحرمة عندهما فيما كان غير محرز في المفازة أيضا لجريان هذا الدليل في ذلك أيضا . مع أنه تثبت الحرمة فيه بالاتفاق كما صرح به المصنف من قبل فتأمل (قوله وكذا إذا وثب الكلب فأخذه منه وأكل منه ما أكل من الصيد . والشرط ترك الأكل من الصيد فصار كما إذا افترس شاته) قال صاحب العناية : وطول بالفرق بين ما وثب فأخذ من صاحبه وأكل وبين ما أكل بعد ما قتل ، فإن الصيد كما خرج عن الصيدية بأخذ صاحبه جاز أن يخرج أيضا بقتله . وأجيب بأنه إذا لم يتعرض بالأكل حتى أخذه صاحبه دل أنه كان ممسكا على صاحبه وانتباهه منه : ومن لحم آخر في مخلاة صاحبه سواء . وأما إذا أكل قبل الأخذ كان ممسكا على نفسه انتهى كلامه . أقول : هذا الجواب لا يدفع المطالبة المذكورة لأن حاصلها نقض ما ذكره المصنف في تعليل مسئلة الوثبة من أنه ما أكل من الصيد بما إذا أكل بعد ما قتل . فإن ذلك التعليل متمش في صورة القتل أيضا . إذ الصيد كما يخرج عن الصيدية بأخذ صاحبه يخرج أيضا بقتله . فلم يتحقق الأكل من الصيد في صورتين معا مع أنهما مفترقان في الحكم . وحاصل الجواب المذكور بيان فرق بينهما من جهة أخرى غير ما ذكره المصنف في التعليل ، ولا يذهب عليك أن

وقوله (ولو أن صقرا فرّ من صاحبه فكث حيناً ثم صاد) يعني بعد ما رجع إلى صاحبه لم يؤكل ، وأما قبل الرجوع إليه فلا شبهة في حرمة ما صاده لانتفاء الإرسال . ومسئلة الوثبة في الكتاب معلومة . وطول بالفرق بين ما وثب فأخذ من صاحبه وأكل وبين ما أكل بعد ما قتل . فإن الصيد كما خرج عن الصيدية بأخذ صاحبه جاز أن يخرج أيضا بقتله . وأجيب بأنه إذا لم يتعرض بالأكل حتى أخذه صاحبه دل أنه كان ممسكا على صاحبه وانتباهه منه ومن لحم آخر في مخلاة صاحبه

ثبوت التعليم عنده عند غلبة ظن الصائد أنه معلم . وفي رواية أخرى موافقا لمذهبهما ثبوته بترك الأكل ثلاث مرات (قال المصنف : لأن الحرفة لا تنسى) أقول : فيه بحث .

قال (وإن أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه أن يذكيه ، وإن ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل ، وكذا البازي والسهم) لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل ، إذ المقصود هو الإباحة ولم تثبت قبل موته فبطل حكم البدل ، وهذا إذا تمكن من ذبحه . أما إذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية . وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يحل وهو قول الشافعي ، لأنه لم يقدر على الأصل فصار كما إذا رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال . ووجه الظاهر أنه قدر اعتبارا لأنه ثبت يده على المذبوح وهو قائم مقام تمكن من الذبح . إذ لا يمكن اعتباره لأنه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في أمر الذبح فأدير الحكم على ما ذكرنا ، بخلاف ما إذا بقي فيه من الحياة مثل ما يبق في المذبوح لأنه ميت حكما ، ألا ترى أنه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لم يحرم كما إذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبوح . وفصل بعضهم فيها تفصيلا وهو أنه إن لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل ، وإن لم يتمكن بضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي ، لأنه إذا وقع في يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار ،

ذلك لا يدفع ورود المطالبة المذكورة على ما ذكره المصنف في التعليل . ولقد أحسن صاحب النهاية هاهنا في التقرير حيث قال : فوجه الفرق بين هذا وبين ما إذا أكل الكلب من الصيد بعد أن قتله قبل أن يأخذ الصائد حيث لا يؤكل : وفي هذه الصورة وهي ما أكل منه بالوثبة بعد أخذ الصائد يؤكل ، وتعليل الكتاب هاهنا بقوله لأن ما أكل من الصيد شامل للصورتين ومع ذلك افرقتا في الحكم . والأوجه فيه هو أن الفرق إنما ينشأ بينهما من حيث وجود الإمساك لصاحبه وعدم الإمساك له : فهاهنا أى في مسئلة الوثبة لما لم يأكل من الصيد إلى أن أخذه صاحبه قد تم إمساكه على صاحبه . وهناك لما أكل من الصيد بعد قتله قبل أن يأخذه صاحبه علم أنه إنما أمسكه لنفسه للصاحبه فخرج به من أن يكون معلما انتهى . فإنه طعن في التعليل المذكور في الكتاب بشموله للصورتين مع افرقهما في الحكم ، وبين وجهها آخر فارقا بينهما وعدّه أوجه لكونه سالما عن ورود المطالبة بالفرق بينهما . ثم أقول : التحقيق أن المطالبة بالفرق بين تينك المسثلتين ساقطة عما ذكر في الكتاب أيضا ، لأن المصنف تدارك دفعها بقوله بخلاف ما إذا فعل ذلك قبل أن يحمره المالك لأنه بقيت فيه جهة الصيدية ، فإن وجه بقاء الصيدية فيه على ما صرح به الشراح هو أن الصيد اسم للتوحش غير محرز فقد زال التوحش بالقتل وبقي عدم الإحراز قبل أن يحمره المالك ، فما بقي شيء من آثار الصيد ولو أزمه ببقى حكم الصيدية فيه ، فظهر الفرق بين مسئلة الوثبة وبين ما إذا أكله بعد أن قتله قبل أن يأخذه الصائد ، تأمل ترشد (قوله وإن أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه أن يذكيه ، وإن ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل ، وكذا البازي والسهم) اعلم أن قوله وإن أدرك المرسل إلى قوله حتى مات لم يؤكل عبارة القدوري في مختصره ، وقوله وكذا البازي

سواء ، وأما إذا أكل قبل الأخذ فقد كان ممسكا على نفسه . قال (وإن أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه الخ) المرسل إن أدرك الصيد حيا فلا يخلو إما أن يتمكن من ذبحه أولا ، فإن تمكن من ذبحه ولم يذبح حتى مات لم يؤكل سواء كانت الحياة فيه بينة أو خفية ، وإن ذبح محل في قول أصحابنا جميعا ، وكذلك حكم البازي والسهم ، وذلك لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل لأن المقصود بالبدل إباحة الأكل ولم تثبت قبل موته والقدرة على الأصل قبل ذلك تبطل البدل وإن لم يتمكن من ذبحه لعدم الآلة أو ضيق الوقت ، فإما أن يكون فيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح أو لا ، فإن كان لم يؤكل في ظاهر الرواية . وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يؤكل وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه لم يقدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل إذ القرض أنه لم يتمكن من الذبح فصار كمن رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال . ووجه ظاهر الرواية أنه إن لم يقدر حقيقة فقد قدر اعتبارا لأنه ثبت يده على المذبوح وهو قائم مقام تمكن من الذبح . إذ لا يمكن اعتباره : أى اعتبار تمكن من الذبح لأنه لا بد له من مدة والناس

(قوله أو خفية) أقول : المراد بالحياة الخفية هاهنا ما هو فوق حياة المذبوح لاما هو مثلها أو دونها ، وإلا لتجب الذكاة كما يحى .

وهذا إذا كان يتوهم بقاؤه ، أما إذا شق بطنه وأخرج مافيه ثم وقع في يد صاحبه حل ، لأن ما بقى اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما إذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت . وقيل هذا قولهما ، أما عند أبي حنيفة فلا يؤكل أيضا لأنه وقع في يده حيا فلا يحل إلا بذكاة الاختيار رد إلى المتردية على ما ذكره إن شاء الله تعالى هذا الذي ذكرنا إذا ترك التذكية ، فلو أنه ذكاه حل "أكله عند أبي حنيفة . وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي يقرر الذئب بطنه وفيه حياة خفية أو بيينة . وعليه الفتوى لقوله تعالى - إلا ما ذكيتم - استثناء مطلقا من غير فصل . وعند أبي يوسف إذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل "لأنه لم يكن موته بالذبح . وقال محمد : إن كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل " وإلا فلا لأنه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررناه .

والسهم زيادة من المصنف . فأقول : هذه الزيادة من المصنف ها هنا أمر زائد مستغنى عنه جدا عندى . أما قوله وكذا البازى فظاهر لأن قول القدورى وإن أدرك المرسل الصيد حيا يتناول صيد الكلب وصيد البازى . وليس فيه شيء يقتضى اختصاصه بالأول فلا حاجة إلى ذكر قوله وكذا البازى بل لا وجه له . وأما قوله والسهم فلأن حكم مسألة السهم سيجىء في باب الرمي مفصلا . ألا يرى إلى قوله هنالك : وإذا سمى الرجل عند الرمي أكل ما أصاب إذا خرج السهم فأت . وإن أدركه حيا ذكاه انتهى ، فلا حاجة إلى بيانه ها هنا (قوله وقال محمد : إن كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل ، وإلا فلا لأنه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررناه) قال صاحب النهاية والكفاية : أراد بقوله ما قررناه قوله لأن ما بقى اضطراب المذبوح فلا يعتبر . وقال صاحب الغاية والعناية : أشار بذلك إلى قوله لأنه مبيت حكما . أقول : الحق ما قاله الشارحان الأخيران . لأن قوله لأن ما بقى اضطراب المذبوح فلا يعتبر تعليل لحكم أكل ما شق بطنه وأخرج مافيه ثم وقع في يد صاحبه . ولم يفرق أحد في تلك الصورة بين ما يعيش فوق ما يعيش

يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكفاية والهداية في أمر الذبح ، فمنهم من يتمكن في ساعة ، ومنهم من لا يتمكن في أكثر . وما كان كذلك لا يدار الحكم عليه لعدم انضباطه فأدبر على ما ذكرناه من ثبوت اليد على الذبح ، وإن لم تكن الحياة فيه فوق ما تكون في المذبوح بل كانت بمقدار ما يكون فيه ولم يذبح حتى مات أكل لأنه ميت حكما ، ألا ترى أنه لو وقع في الماء وهو بهذه الصفة لا يحرم كما إذا وقع وهو ميت . والميت ليس بمذبح : أى ليس بمحل للذبح فلم تثبت يده على الذبح ليقام مقام التمكن من الذبح ، وفصل بعض المشايخ فيما إذا كانت الحياة فيه فوق ما تكون في المذبوح فقال : إن كان عدم التمكن لفقد الآلة لم يؤكل لأنه مفرط ، وإن كان لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعى والحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل قالوا : لم يقدر على الأصل ولم يفرط . فكان جلالا . وقلنا : وقع في يده وهو حى حقيقة وحكما فلم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطراب . فإن قيل : وضع المسئلة فيما تكون الحياة فيه فوق ما تكون في المذبوح فكيف يتصور ضيق الوقت عن الذبح ؟ أجيب بأن المقدار الذى يكون في المذبوح بمنزلة العدم لكون الصيد في حكم الميت . والزائد على ذلك قد لا يسع الذبح فكان عدم التمكن متصورا (وهذا) أى ما ذكرنا من إقامة ثبوت اليد مقام التمكن حتى لا يحل بدون الذكاة فيما إذا كان بقاؤه متوهما . أما إذا شق الكلب المعلم بطنه وأخرج مافيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يدركه حل ، لأن ما بقى اضطراب مذبوح فلا يعتبر كما إذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت (وقيل) هو قول أبي بكر الرازى (هذا قولهما . أما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يؤكل هذا أيضا لأنه وقع في يده حيا فلا يحل إلا بذكاة الاختيار ردا إلى المتردية) أى اعتبارا بها (هذا الذى ذكرنا) أنه لا يؤكل عنده إذا شق بطنه وأخرج مافيه إذا ترك التذكية ، فأما إذا ذكاه فقد حل "أكله عنده رحمه الله ، وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي يقرر (أى شق) الذئب بطنه وفيه حياة خفية أو بيينة) إذا ذبح حل عنده (وعليه الفتوى لقوله تعالى - إلا ما ذكيتم - استثناء مطلقا من غير فصل) وعند أبي يوسف لا بد من حياة بيينة وهى أن يكون بحال يعيش مثله ، فأما إذا لم يكن كذلك فلا يحل أكله لأنه لم يكن موته بالذبح . وقال محمد : لا بد من حياة بيينة وهو أن يكون بحال يعيش فوق ما يعيش المذبوح ، فإن كان كذلك حل "أكله وإلا فلا (لأنه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررناه) إشارة إلى قوله لأنه ميت حكما ، وقيل إلى قوله لأن ما بقى اضطراب المذبوح فلا يعتبر

(ولو أدركه ولم يأخذه ، فإن كان في وقت لو أخذه أمكنه ذبحه لم يؤكل) لأنه صار في حكم المقدور عليه (وإن كان لا يمكنه ذبحه أكل) لأن اليد لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد (وإن أدركه فذكاه حل له) لأنه إن كان فيه حياة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالإجماع ، وإن لم يكن فيه حياة مستقرة فعند أي حنيفة رحمه الله ذكاته الذبح على ما ذكرناه وقد وجد . وعندهما لا يحتاج إلى الذبح (وإذا أرسل كلبه المعلم على صيد وأخذ غيره حل) وقال مالك : لا يحل لأنه أخذه بغير إرسال . إذ الإرسال مختص بالشار إليه . ولنا أنه شرط غير مفيد . لأن مقصوده حصول الصيد إذ لا يقدر على الوفاء به : إذ لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره (ولو أرسله على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الإرسال ، فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة) لأن الذبح يقع بالإرسال على ما بيناه . ولهذا تشترط التسمية عنده والفعل واحد في كفيه تسمية واحدة ، بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة . لأن الثانية تصير مذبوحة بفعل غير الأول فلا بد من تسمية أخرى . حتى لو أضجع إحداهما فوق الأخرى وذبحهما بمرة واحدة تخلان بتسمية واحدة (ومن أرسل فهذا فكمن حتى يستمكن ثم أخذ الصيد فقتله يؤكل) لأن مكنته ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الإرسال (وكذا الكلب إذا اعتاد عادته . ولو أخذ الكلب صيدا فقتله ثم أخذ آخر فقتله وقد أرسله صاحبه أكلًا جميعا) لأن الإرسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهمًا إلى صيد فأصابه وأصاب آخر (ولو قتل الأول فجمم عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني) لانقطاع الإرسال بمكنته . إذ لم يكن ذلك حيلة منه للأخذ وإنما كان استراحة ، بخلاف ما تقدم (ولو أرسل بازيه المعلم على صيد فوق على شيء ثم اتبع الصيد فأخذه وقتله فإنه يؤكل) وهذا إذا لم يمكث زمانًا طويلا للاستراحة ، وإنما مكث ساعة للتكمين لما بيناه في الكلب (ولو أن بازيا معلما أخذ صيدا فقتله ولا يدري أرسله إنسان أم لا لا يؤكل) لوقوع الشك في الإرسال ، ولا تثبت الإباحة بدونه . قال (وإن خفيته الكلب ولم يجرحه لم يؤكل) لأن الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه . وهذا يدل على أنه لا يحل بالكسر . وعن أبي حنيفة أنه إذا كسر عضوا فقتله لا بأس بأكله لأنه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة . وجه الأول أن المعتبر جرح ينتهض سببا لإنهيار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فأشبه التخنيق . قال (وإن شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسى أو كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمدا لم يؤكل) لما روينا في حديث عدى رضى الله عنه ، ولأنه اجتمع المبيح والحرم فيغلب جهة الحرمة نصا أو احتياطا (ولورده عليه الكلب

المذبوح وبين ما لا يعيش فوق ذلك ، بل جعلوا كليهما مما بقى فيه اضطراب المذبوح ، وفيما نحن فيه فرق محمد بينهما ، وقوله لأنه لا معتبر بهذه الحياة لتعليل لحكم أحدهما وهو ما لا يعيش فوق ما يعيش المذبوح ، فكيف يتم أن يريد بقوله في ذيل هذا التعليل على ما قررناه مايعمهما معا ، بخلاف قوله لأنه ميت حكما لأنه لتعليل لحل أكل ما بقى فيه من الحياة مثل ما بقى في المذبوح

وقوله (ولو أدركه ولم يأخذه) يريد أن المسائل المتقدمة كانت فيما أخذه الصائد وها هنا أدركه ولم يأخذه . وقوله (على ما ذكرناه) إشارة إلى قوله لأنه وقع في يده حيا . قوله (وإذا أرسل كلبه المعلم على صيد) يعنى صيدا معينا (فأخذه غيره حل) يعنى ما دام في وجه إرساله . وقوله (ولنا أنه) أى شرط التعيين (شرط غير مفيد لأن مقصوده حصول الصيد) والجميع بالنسبة إلى هذا المقصود سواء . فإن قيل : قد يكون مقصوده صيدا معينا . أجب بأنه متعذر ، إذ لا يقدر الصائد أو الكلب على الوفاء بذلك حيث لا يمكن تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره . وقوله (على ما بيناه) يعنى في أوائل كتاب الذبائح حيث قال : تشترط عند الإرسال والرى . وقوله (ولهذا تشترط التسمية عنده) أى عند الإرسال ، وقوله (فيغلب جانب الحرمة نصا) أى

الثاني ولم يجرحه معه ومات بجرح الأول يكره أكله) - لوجود المشاركة في الأخذ وفقدتها في الجرح ، وهذا بخلاف ما إذا رده المجوسى بنفسه حيث لا يكره ، لأن فعل المجوسى ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق بين فعلى الكلبين لوجود المجانسة (ولو لم يردّه الكلب الثانى على الأول لكنه أشد على الأول حتى اشتد على الصيد فأخذه وقتله لا بأس بأكله) لأن فعل الثانى أثر فى الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لأنه بناء عليه فلا يضاف الأخذ إلى التبعية ، بخلاف ما إذا كان زده عليه لأنه لم يصير تبعا فيضاف إليهما . قال (وإذا أرسل المسلم كلبه فزجره مجوسى فانزجر بزجره فلا بأس بصيده) والمراد بالزجر الإغراء بالصباح عليه ، وبالاتزجار إظهار زيادة الطلب . ووجهه أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله كما في نسخ الآتى ، والزجر دون الإرسال لكونه بناء عليه . قال (ولو أرسله مجوسى فزجره مسلم فانزجر بزجره لم يؤكل) لأن الزجر دون الإرسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فأولى أن لا يثبت به الحل ، وكل من لا يجوز

لا فوق ما يبيى في المذبوح وما لا يبيى فيه من الحياة فوق ما يبيى في المذبوح مما لا يعيش فوق ما يعيش المذبوح فننظم الإشارة إليه هاهنا بقوله على ما قررناه تدبر تفهم (قوله ووجهه أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله كما في نسخ الآتى والزجر دون الإرسال لكونه بناء عليه) قال بعض الفضلاء : لك أن تقول : لاتمس الحاجة إلى الرفع بل تكنى المشاركة في إثبات الحرمة أو شبهها انتهى . أقول : ليس هذا بوارد لأن الإرسال أصل والزجر تبع ، والتبع لا يعد مشاركا للأصل في ترتب الحكم ، وقد أشار إليه المصنف في تعليل المسئلة السابقة حيث قال : لأن فعل الثانى أثر فى الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لأنه بناء عليه فلا يضاف الأخذ إلى التبعية انتهى . ولئن سلم مشاركة الزجر للإرسال فلا نسلم كفاية مجرد المشاركة في إثبات الحرمة أو شبهها بل لابد من أن يكون اللاحق وهو الزجر هاهنا أقوى من السابق أو مساويا له حتى يرفع به السابق . وأما إذا كان أدنى منه فلا تأثير له فى الحكم وقد أشار إليه المصنف في تعليل المسئلة اللاحقة حيث قال : لأن الزجر دون الإرسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة ، فأولى أن لا يثبت به الحل انتهى . قال فى العناية : ونوقض بالحرم إذا زجر كلب حلال فإنه يجب عليه الجزاء . وأجيب بأن الجزاء فى المحرم بدلالة النص فإنه أوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الأولى انتهى . أقول : لقائل أن يقول : هذا الجواب لا يدفع النقض المذكور بل يقوّيه ، فإنه إذا ثبت بدلالة النص وجوب الجزاء على المحرم إذا زجر كلب حلال عند إرساله تقرر أن ينتقض به الأصل الذى ذكره من عدم اعتبار الزجر عند الإرسال لكون الزجر دون الإرسال .

بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم « ما اجتمع الحلال والحرام إلا وقد غلب الحرام الحلال » . وهاهنا ثلاثة فصول : أحدها ما اشترك فيه الكلبان فى الأخذ والجرح . وفيه الحرمة لما روينا . والثانى ما اشتركا فيه فى الأخذ دون الجرح . وفيه الكراهة لأن جهة الحل أرجح ، لأن المعلم تفرد بالجرح . والثالث ما لم يشتركا فى شيء لكن الثانى أشد : أى حمل على الأول حتى اشتد على الصيد ، وفيه الإباحة لأن الثانى لم يشارك الأول فى شيء من الصيد . وإنما أثر فى الكلب المرسل دون الصيد فكان فعله تبعا لفعل الأول لأنه بناء عليه فلا يضاف الأخذ إلى التبعية . قال (وإذا أرسل المسلم الخ) الأصل فى هذا أن الفعل يرفع بالأقوى والمساوى دون الأدنى ، فإذا أرسل المسلم كلبه وزجره : أى أغراه المجوسى حل أكله لعدم اعتبار الزجر عند الإرسال لكون الزجر دونه لبثائه عليه . ونوقض بالحرم إذا زجر كلب حلال فإنه يجب عليه الجزاء . وأجيب بأن الجزاء فى المحرم بدلالة النص فإنه أوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الأولى (وإذا أرسله مجوسى فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل كذلك ولهذا) أى ولأن الزجر دون الإرسال (لم يثبت به) أى بالزجر (شبهة الحرمة) يعنى فى الصورة الأولى مع أن الحرمة

(قال المصنف : ووجهه أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله) أقول : لك أن تقول : لاتمس الحاجة إلى الرفع ، بل تكنى المشاركة في إثبات الحرمة أو شبهها (قوله ونوقض بالحرم إذا زجر كلب حلال فإنه يجب عليه الجزاء) أقول : ولو لم يعتبر الزجر لم يجب الجزاء .

ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة الجوسي (وإن لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر فأخذ الصيد فلا بأس بأكله) لأن الزجر مثل الانفلات ، لأنه إن كان دونه من حيث أنه بناء عليه فهو فوقه من حيث أنه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا (ولو أرسل المسلم كلبه على صيد وسمى فأدركه فضر به ووقذه ثم ضربه فقتله أكل ، وكذا إذا أرسل كلبين فوقه أحدهما ثم قتله الآخر أكل) لأن الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا (ولو أرسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقه أحدهما وقتله الآخر أكل) لما بينا (والملك للأول) لأن الأول أخرجه عن حد الصيدية إلا أن الإرسال من الثاني حصل على الصيد ، والمعتبر في الإباحة والحرمة حالة الإرسال فلم يحرم بخلاف ما إذا كان الإرسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الأول .

(فصل في الرمي)

(ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه أو أرسل كلبا أو بازيا عليه فأصاب صيدا ،

ويمكن أن يقال : المراد من الجواب المذكور أن الأصل الذي ذكره إنما هو على موجب القياس ، ووجوب الجزاء على المحرم في الصورة المذكورة إنما ثبت بدلالة النص على خلاف القياس بناء على أن القياس يترك بالنص ، وهذا لا يقدح في كلية الأصل المذكور المبني على القياس تفكر (قوله وإن لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر وأخذ الصيد فلا بأس بأكله لأن الزجر مثل الانفلات) قال جمهور الشراح : يعني من حيث أن كل واحد غير مشروط في حل الصيد ، بخلاف الإرسال انتهى . أقول : ليس هذا الشرح بسديد عندي ، إذ لم يكن الكلام فيما سبق في كون الفعل الغير المشروط في حل الصيد مرفوعا بما هو مشروط في حله أو بما هو مثله ، بل كان الكلام في كون الفعل مرفوعا بما هو فوقه في القوة أو بما هو مثله فيها كما في نسخ الآي ، فالوجه هاهنا أن يقال : يعني أن الزجر مثل الانفلات في القوة والضعف ، وتعليل المصنف إياه بقوله لأنه إن كان دونه من حيث أنه بناء عليه فهو فوقه من حيث أنه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا بمنزلة الصريح فيما قلناه تبصر .

(فصل في الرمي)

لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجملادية ، وقد مر وجه تقديم الأول ،

أسرع ثبوتا لغلبة الحرمة على الحل دائما فأولى أن لا يثبت به الحل : يعني يزجر المسلم . وقوله (لأن الزجر مثل الانفلات) يعني من حيث أن كل واحد غير مشروط في حل الصيد بخلاف الإرسال . وقوله (لأنه إن كان دونه) يعني أن الانزجار إن كان دون الانفلات من حيث كونه بناء عليه فهو فوقه من حيث كونه فعل المكلف فاستويا فصلح الزجر ناسخا وهو متأخر فيجعل ناسخا . وقوله (وقذه) أي جرحه جراحة أثخنته . وقوله (لأن الامتناع عن الجرح بعد الجرح) دليل المسئلة ، وهو يشير إلى الجواب عما يقال الضربة الثانية التي قتل الكلب بها الصيد إنما حصلت بعد الإثخان الذي أخرجه من الصيدية ، فكان الواجب أن لا يحل أكله لأن الصيد يعد الإثخان ملحق بالدواجن فيحل بالذبح لا بشرب الكلب . وجوابه أنه تعذر رفعه ، وما تعذر رفعه تقرر عفوه . وقوله (بجرح الكلب الأول) يعني أنه لا يؤكل لأن الصيد بعد أن خرج عن الصيدية كانت ذكاته بعد الذبح في المذبح . لا بجرح الكلب فجرح الكلب في مثله يوجب الحرمة ، ولما اجتمع فيه الموجب للحل والحرمة غلب الحرمة ، والله أعلم .

(فصل في الرمي)

لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجملادية . والحس : الصوت الخفي (ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه أو أرسل كلبه أو بازيه فأصاب صيدا) ظليا مثلا ، فإن تبين أن المسموع حسه آدمي أو بقرة أو شاة لم يحل الظبي

(فصل في الرمي)

ثم تبين أنه حس صيد حلّ المصاب أي صيد كان لأنه قصد الاصطياد . وعن أبي يوسف أنه خص من ذلك الخنزير لتغليظ التحريم ؛ ألا ترى أنه لا تثبت الإباحة في شيء منه بخلاف السباع لأنه يؤثر في جلودها . وزفر خص منها ما لا يؤكل لحمه لأن الإرسال فيه ليس للإباحة . ووجه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بالمأكل فوق الفعل اصطيادا وهو فعل مباح في نفسه . وإباحة التناول ترجع إلى المحل فتثبت بقدر ما يقبله لحما وجلدا . وقد لا تثبت إذا لم يقبله ، وإذا وقع اصطيادا صار كأنه رمى إلى صيد فأصاب غيره (وإن تبين أنه حس آدمي أو حيوان أهلي لا يحلّ المصاب) لأن الفعل ليس باصطياد (والطيور الداجن الذي يأوى البيوت أهلي والطبي الموثق بمنزلته) لما بينا (ولو رمى إلى طائر فأصاب صيدا وممر الطائر ولا يدرى وحشى هو أو غير وحشى حل الصيد) لأن الظاهر فيه التوحش (ولو رمى إلى بعير فأصاب صيدا ولا يدرى ناد هو أم لا لا يحلّ الصيد) لأن الأصل فيه الاستئناس (ولو رمى إلى سمكة أو جرادة فأصاب صيدا يحل في رواية عن أبي يوسف) لأنه صيد ، وفي أخرى عنه لا يحل لأنه لا ذكاة فيهما (ولورمى فأصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فإذا هو صيد يحل) لأنه لا يعتبر بظنه مع تعيينه (فإذا سمى الرجل عند الرمي أكل ما أصاب إذا جرح السهم فمات) لأنه ذابح بالرمي لتكون

(قوله والطبي الموثق بمنزلته) قال أكثر الشراح منهم صاحب العناية : أي بمنزلة الآدمي . أقول : هذا التفسير ليس بخيد ، إذ الظاهر أن الطبي الموثق بمنزلة الحيوان الأهلي دون الآدمي ، إذ لا مناسبة بين الإنسان والحيوان . بخلاف الحيوانين . فإن قلت : المراد بكون الطبي الموثق بمنزلة الآدمي مجرد كونه غير صيد كالآدمي لا الاشتراك في جميع الأوصاف فلا محذور في جعله بمنزلة الآدمي . قلت : لو كان مراد المصنف هذا المعنى لقال . والطيور الداجن الذي يأوى البيوت والطبي الموثق بمنزلته ، إذ لا فرق بينهما في مجرد كونهما غير صيد . ولما فصل بينهما فقال والطيور الداجن الذي يأوى البيوت أهلي والطبي الموثق بمنزلته علم أن المراد ليس مجرد أن لا يكون صيدا بل الاشتراك في بعض الأحوال أيضا . فالوجه في تفسير قول المصنف والطبي الموثق بمنزلته ما ذكره صاحب الغاية حيث

المصاب مثلا في قولهم جميعا لأنه أرسل إلى غير صيد فلم يتعلق به حكم الإباحة وصار كأنه رمى إلى آدمي عالما به فأصاب صيدا فإنه لا يؤكل (وإن تبين أن المسموع حسه صيد حلّ المصاب أي صيد كان) المسموع حسه : يعني سواء كان مأكول اللحم أو لم يكن (لأنه قصد الاصطياد . وعن أبي يوسف أن المسموع حسه إذا ظهر خنزيرا لم يحل . أكل الصيد المصاب لتغليظ التحريم ؛ ألا ترى أنه لا تثبت الإباحة في شيء منه بخلاف سائر السباع) لأنه أي الاصطياد (يؤثر في جلدها ، وزفر خص منها) أي من جملة المسموع حسه (مالا يؤكل لحمه ؛ لأن الإرسال فيه ليس للإباحة) فكان هو والآدمي سواء (ووجه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بالمأكل) وما هو كذلك فالمأكل وغيره بالنسبة إليه سواء فإذا قصد بفعله الاصطياد وقع الفعل اصطيادا . إذ الاصطياد فعل مباح في نفسه يفيد إباحة المصاب بشرط قبوله الإباحة حتى لو لم يقبلها كما إذا كان خنزيرا لم تثبت الإباحة ولكن لا يخرج الفعل عن كونه اصطيادا مباحا . وإذا قتلها ، فإن كان مما يحل تناوله تثبت إباحة تناوله لغير السباع من البهائم والطيور . وإن كان مما لا يحل تناوله تثبت إباحة جلده فثبت أن فعله وقع اصطيادا ، وإباحة التناول وغيره مما يتعلق بالمحل ليس بمخرج له عن ذلك ، وإذا وقع اصطيادا كان كأنه رمى إلى صيد فأصاب غيره . وقوله (وإن تبين أنه حس آدمي) قدمناه آنفا . وقوله (لأن الفعل ليس باصطياد) إذ الاصطياد عبارة عن تحصيل متوحش ، وعلى هذا فالداجن الذي يأوى البيوت أهلي . والطبي الموثق : أي المشدود بالوثاق بمنزلته : أي بمنزلة الآدمي لما بينا أن الفعل ليس باصطياد ، ثم إذا جهل توحش المقصود برميّه يعتبر فيه الأصل . وعلى هذا تخرج المسئلان المذكوران في الكتاب . وقوله (وفي أخرى عنه لا يحل لأنه لا ذكاة فيهما)

(قال المصنف : لأن الإرسال فيه ليس للإباحة) أقول : الأظهر أن يقال : لأن الرمي لأن الفصل فصله (قوله والطبي الموثق : أي المشدود بمنزلته : أي بمنزلة الآدمي) أقول : ولعل الأول : أي بمنزلة الأهلي .

السهم آلة له فتشترط التسمية عنده : وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة . ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه . قال (وإذا أدركه حيا ذكاه) وقد بيناها بوجوهها . والاختلاف فيها في الفصل الأول فلا نعيده . قال (وإذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتا أكل . وإن قعد عن طلبه) ثم أصابه ميتا لم يؤكل : لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام « أنه كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامي وقال : لعل هوام الأرض قتلت » ولأن احتمال الموت بسبب آخر قائم فما ينبغي أن يحل أكله لأن الموهوم في هذا كالمحقق لما روي . إلا أنا أسقطنا اعتباره مادام في طلبه ضرورة أن لا يعبرى الاصطياد

قال : أى الظبي المقيد بمنزلة الطير الداجن الذى يأوى البيوت انتهى (قوله وإذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتا أكل . وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لم يؤكل) قال الزيلعي في شرح الكنز : وجعل قاضيخان

يشير إلى أن كون ماتين حسه من الصيد من شرطه أن يكون حلّ أكله مشروطا بالذبح . حتى لو سمع حسا فظنه صيدا فرماه فأصاب ظبيا ثم تبين أن المسموع حسه سمكة لم يؤكل الصيد : ولو سمع حسا وظنه آدميا ورماه فأصاب المسموع حسه وهو صيد حلّ لأنه لا معتبر بظنه مع تعيين كونه صيدا . فإن قيل : ما الفرق بين هذه المسئلة وبين التي تقدمت . وهى أن من سمع حسا ظنه صيدا فرماه فأصاب صيدا ثم تبين أنه حس آدمى أو حيوان أهلى لا يحل المصاّب مع أنه لم يقصد رمى الآدى وفى هذه المسئلة قصد رمى الآدى ورمى الآدى ليس باصطياد وقد حل المصاّب . والقياس إما شمول الحل أو شمول عدمه أو انعكاس الجواب في المسئلتين ، وذلك أنه لما حل المصاّب مع اقتران ظنه بأنه آدمى ففيها إذا اقترن ظنه بأنه صيد أولى : أو لأنه لم يقع فعله اصطيادا نظرا إلى قصده فلا يحل المصاّب ها هنا : وحل هناك لذلك . أجيب بأن الفرق ما أشار إليه بقوله لأنه لا معتبر بظنه مع تعيينه : أى تعيين كونه صيدا . وبيانه أن في المسئلة الأولى أصاب سهمه غير المسموع حسه والمسموع حسه ليس بصيد فكان فعله متوجها إلى غير الصيد نظرا إلى فعله الذى توجه للمسموع حسه وهو ليس بصيد فلم يكن فعله اصطيادا وحل الصيد إنما يحصل بوجود فعل الاصطياد فلم يحل أكله لانعدام فعل الاصطياد . وأما ها هنا فسهمة أصاب عين المسموع حسه وعينه صيد فكان الفعل واقعا على الصيد وهو الاصطياد بحقيقته ، فلما وجد الاصطياد بحقيقته لم يعتبر بظنه ذلك المخالف لفعله الذى هو اصطياد بحقيقته ، والظن إذا وقع مخالفا لحقيقة فعله كان الظن لغوا فيحل أكل المصاّب لوجود فعل الاصطياد . وقوله (على ما بيناه) يعنى في فصل الجوارح بقوله ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية الخ . وقوله (فتحامل) التحامل في المشي أن يتكلفه على مشقة وإعياء يقال تحاملت في المشي . وقوله (حتى أصابه ميتا أكل) قيل إذا وجده وفيه جراحة سهمه لا غير ، وأما إذا وجده وفيه جراحة أخرى فليس له أن يأكله ترك الطلب أو لم يترك كما سيبنى ، لأنه ظهر لموته شيئا : أحدهما يوجب الحل ، والآخر يوجب الحرمة فيغلب الموجب للحرمة . وقال الشافعي : يؤكل لأنه ظهر لموته سبب وهو ما كان معه من الرمي ، والحكم متى ظهر عقيب سبب يحال عليه ، كما لو جرح إنسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات يجعل قاتلا . قلنا : لما وجد فيه جرح غيره كان القتل منه موهوما : والموهوم في هذا كالمحقق لقوله صلى الله عليه وسلم « لعل هوام الأرض قتلت » قاله حين أهذى رجل إليه عليه الصلاة والسلام صيدا فقال « من أين لك هذا ؟ قال كنت رميته بالأمس وكنت في طلبه حتى حال بيني وبينه ظلمة الليل ثم وجدته اليوم ميتا وفيه مزارق ، وهو الرمح الصغير ، فقال عليه الصلاة والسلام : لا أدري لعل هوام الأرض قتلت » الحديث ، وهو كما يدل على حرمة ذلك يدل على حرمة ما إذا قعد عن طلبه ثم وجده ميتا . وقوله (ولأن احتمال الموت) دليل

(قوله نظرا إلى فعله الذى توجه إلى المسموع حسه وهو ليس بصيد) أقول : فكان ظنه هنا أيضا مخالفا لحقيقة فعله فلا يعتبر الظن فلا يكون فعله صيدا (قوله كما لو جرح إنسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات يجعل قاتلا) أقول : لم يظهر فيما ذكره للموت سبب آخر غير الجرح ، بخلاف المسئلة المذكورة (قوله وهو كما يدل على حرمة ذلك الخ) أقول : في دلالة على التحريم كلام ، ثم قوله على حرمة ذلك : أى حرمة ما فيه جراحة أخرى (قوله لأن الموهوم كالمحقق لما روي) أقول : فلا يكون هذا دليلا مستقلا .

عنه . ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه لإمكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله . والذي رويناه حجة على مالك في قوله إن ماتوارى عنه إذا لم يبت يحل فإذا بات ليلة لم يحل (ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل) لأنه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما ، بخلاف وهم الهوام . والجواب في إرسال الكلب في هذا

في فتاواه من شرط حل الصيد أن لايتوارى عن بصره فقال : لأنه إذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنهما : كل ما أصميت ودع ما أنميت ، والإصماء : ما رأيتها ، والإنماء : ماتوارى عنك . وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتوارى وإن لم يقعد عن طلبه انتهى . أقول : ليس الأمر كما زعمه الزيلعي : فإن الإمام قاضيخان لم يجعل في فتاواه من شرط حل الصيد عدم التوارى عن بصره بخصوصه ، بل جعل من شرط ذلك أحد الأمرين : عدم التوارى عن بصره ، وعدم القعود عن طلبه حيث قال : والسابع يعني الشرط السابع أن لايتوارى عن بصره أو لا يقعد عن طلبه فيكون في طلبه ، ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده ، لأنه إذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنهما : كل ما أصميت ودع ما أنميت . والإصماء : ما رأيتها ، والإنماء : ماتوارى عنك انتهى . ولا شك أن قوله والسابع أن لايتوارى عن بصره أو لا يقعد عن طلبه نص على أن الصيد لا يحرم بمجرد التوارى عن بصره إذا لم يقعد عن طلبه ،

معقول على ذلك . فإن قيل : هذا الاحتمال باق إذا كان في طلبه أيضا . أجاب بقوله إلا أنا أسقطنا اعتباره مادام في طلبه ضرورة أن الاصطياد لا يعبرى عن ذلك ، ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه لإمكان الاحتراز عن توار يكون بسبب عمله . وقوله (والذي رويناه حجة على مالك في قوله إن ماتوارى عنه ما إذا لم يبت يحل) يعني وإن رأى فيه أثر سبع ، واحتج على ذلك بأنه سمع أهل العلم كذلك وكأنه بنى الأمر على الغالب . لأنه إذا بات عنه قعد عن طلبه غالبا . ووجه كون ما رويناه حجة عليه أنه كره أكل الصيد إذا غاب عن الراى . فإن قيل : إن كان ماروى عنه عليه الصلاة والسلام من كراهته أكل الصيد إذا غاب عن الراى حجة عليه ، فقولاه عليه الصلاة والسلام « لعل هوام الأرض قتلت » حجة له على ما مر من قصته ، فإنه عليه الصلاة والسلام قاله لمن حال بينه وبين الصيد ظلمة الليل . فالجواب أن الأصل أن خصوص السبب غير معتبر ، واعتبار قتل الهوام عند الغيبة موجود فيكون حراما . وقوله (ولو وجد به جراحة) قدمناه والخلاف فيه . وقوله (لأنه موهوم يمكن الاحتراز عنه لأن الصيد قد يخلو عن رمى الغير فاعتبر محرما ، بخلاف وهم الهوام فإن الاحتراز عنه غير ممكن لأن الصيد لا بد أن يقع على الأرض والأرض

(قال المصنف : والذي رويناه حجة على مالك في قوله إن ماتوارى عنه إذا لم يبت يحل ، فإذا بات ليلة لا يحل) أقول : وجعل قاضيخان في فتاواه من شرط حل الصيد أن لايتوارى عن بصره فقال : لأنه إذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر ، فلا يحل لقول ابن عباس : كل ما أصميت ودع ما أنميت . والإصماء ما رأيتها ، والإنماء ماتوارى عنك ، وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتوارى وإن لم يقعد عن طلبه ، وإليه أشار صاحب الهداية أيضا بقوله والذي رويناه حجة على مالك في قوله إن توارى عنه إذا لم يبت ليلة لا يحل ، وهذا يشير إلى أنه إذا توارى عنه لا يحل عندنا . وإن لم يقعد عن طلبه فيكون مناقضا لقوله في أول المسئلة : وإذا وقع الصيد بالسهم فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتا أكل ، وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لم يؤكل فبني الأمر على الطلب وعدمه لعل التوارى وعدمه ، وعلى هذا أكثر كتب فقه أصحابنا . ولو حل ما ذكره على ما إذا قعد عن طلبه كان يستقيم ولم يتناقض ، ولكنه خلاف الظاهر ، كذا في شرح الزيلعي . أما نص عبارة قاضيخان فهي : والسابع أن لايتوارى عن بصره ، أولا يقعد عن طلبه ، فيكون في طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده ، لأنه إذا غاب عن بصره الخ انتهى . ونحن نقول : ليس فيه جعل عدم التوارى شرطا بخصوصه كما ترى ، وما يدل عليه تعليقه الذي ذكره من كونه شرطا بخصوصه فأمره سهل ، إذ المراد إذا غاب عن بصره وهو قاعد عن طلبه بقريئة وضع المسئلة ، وأما إذا لم يقعد فغيره ضرورة فليأمل . وراجع النهاية فإنه ذكر حديث ابن عباس رضي الله عنهما (قوله ووجه كون ما رويناه حجة عليه أنه كره أكل الصيد الخ) أقول : فيه بحث (قوله فقوله صلى الله تعالى عليه وسلم « لعل هوام الأرض قتلت » حجة له على ما مر) أقول : فيه بحث ، لأنه حجة عليه حيث أحله وإن رأى فيه أثر سبع ، فإن احتمال قتل الهوام مع أنه لا جراحة فيه إذا كان محرما فقيما إذا وجدت الجراحة أولى أن يكون محرما ، والظاهر أن يقول : فكراهته صلى الله عليه وسلم لصيد من حال بينه وبين صيده ظلمة الليل حجة له .

كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه . قال (وإذا رمى صيدا فوق وقع في الماء أو وقع على سطح أو جبل ثم تردى منه إلى الأرض لم يؤكل) لأنه المتردية وهي حرام بالنص . ولأنه احتمال الموت بغير الرمي إذ الماء مهلك : وكذا السقوط من عال . يؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام لعدي رضي الله عنه « وإن وقعت رميتك في الماء فلا تأكل ، فإنك لا تدري أن الماء قتله أو سهمك » (وإن وقع على الأرض ابتداء أكل) لأنه لا يمكن الاحتراز عنه ، وفي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لأنه يمكن التحرز عنه . فصار الأصل أن سبب الحرمة والحل إذا اجتماعا وأمكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا . وإن كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لأن التكليف بحسب الواسع . فما يمكن التحرز عنه إذا وقع على شجر أو حائط أو آجرة ثم وقع على الأرض أو رماه وهو على جبل فتردى من موضع إلى موضع حتى تردى إلى الأرض ، أو رماه فوق وقع على رمح منصوب أو على قصبة قائمة أو على حرف آجرة لاحتمال أن حدث هذه الأشياء قتله ، ومما لا يمكن الاحتراز عنه إذا وقع على الأرض كما ذكرناه . أو على ماهو في معناه كجبل أو ظهر بيت أو لبنة موضوعة أو صخرة فاستقر عليها : لأن وقوعه عليه وعلى الأرض سواء . وذكر في المنتقى : لو وقع على صخرة فانثقت بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر . وصححه الحاكم الشهيد وحمل مطلق المروى في الأصل على غير حالة الانشقاق : وحماه شمس الأئمة السرخسي رحمه الله على ما أصابه حدث الصخرة فانثقت بطنه بذلك ، وحمل المروى في الأصل على أنه لم يصبه من الآجرة إلا ما يصيبه من الأرض لو وقع عليها وذلك

بل إنما يحرم بالتواري عن بصره والقفود عن طلبه معا . وأما قوله لأنه إذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل ، فالظاهر أن المراد به أنه إذا غاب عن بصره وقعد عن طلبه بقريئة سياق كلامه . وأما إذا لم يقعد عن طلبه فبعضر فيه للضرورة لعدم إمكان التحرز عن تواري الصيد عن بصر الرمي ، فكان في اعتبار عدم التواري مطلقا حرج عظيم والحرج مدفوع بالنص : وقد أشار إليه المصنف بقوله : إلا أنا أسقطنا اعتباره مادام في طلبه ضرورة أن لا يعرى الاصطياد عنه ، ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه لإمكان التحرز عن تواري يكون بسبب عمله . وذكر في الشروح والكافي « أنه صلى الله عليه وسلم مرّ بالروحاء على حمار وحش عقير فتبادر أصحابه إليه . فقال صلى الله عليه وسلم : دعوه فسيأتى صاحبه ، فجاء رجل فقال : هذه رميتي وأنا في طلبها وقد جعلتها لك ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بكر فقسمها بين الرفاق » انتهى (قوله وإن وقع على الأرض ابتداء أكل) قال في العناية أخذا من النهاية : يعني إذا لم يكن على الأرض ما يقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ماسيجىء انتهى . أقول : هذا التقييد مستغنى عنه بالكلية ها هنا ، إذ الظاهر أن الوقوع على نحو حد الرمح والقصبة المنصوبة ليس بوقوع على الأرض . ولهذا جعل المصنف الأول قسما لثاني فيما سيجىء . وعند الأول مما يمكن التحرز عنه والثاني مما لا يمكن التحرز عنه فلا يحتمل أن يتناول قوله ها هنا وإن وقع على الأرض ابتداء ما وقع على نحو حد الرمح والقصبة المنصوبة حتى يحتاج إلى أن يقال : يعني إذا لم يكن على الأرض ما يقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ماسيجىء .

لا تخلو عنها فلا يجعل محرما إذا لم يقعد عن الطلب . قال (وإذا رمى صيدا فوق وقع في الماء الخ) كلامه واضح ، وهو في المعنى مقيد بأن لا يكون الجرح مهلكا في الحال على ما سيأتى . قوله (وكذا السقوط من عال) وهو في بعض النسخ من علو ، وهو لغة في الأول مضموما ومفتوحا ومكسورا . وقوله (وإن وقع على الأرض ابتداء أكل) يعني إذا لم يكن على الأرض ما يقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ماسيجىء (وقوله وذكر في المنتقى) يريد بيان ما وقع من الاختلاف بين رواية الأصل وهي قوله أو صخرة فاستقر عليها وبين رواية المنتقى وصحح الحاكم رواية المنتقى وحمل المطلق المروى في الأصل من قوله فاستقر عليها على غير حالة الانشقاق وحمل شمس الأئمة السرخسي رواية المنتقى على ما أصابه حدث الصخرة فانثقت بطنه لذلك وحمل المروى في الأصل على أنه

عفو وهذا أصح . وإن كان الطير مائيا ، فإن كانت الجراحة لا تنغمس في الماء أكل ، وإن انغمست لا يؤكل كما إذا وقع في الماء . قال (وما أصابه المعراض بعرضه لم يؤكل ، وإن جرحه يؤكل) لقوله عليه الصلاة والسلام فيه « ما أصاب بحدّه فكل ، وما أصاب بعرضه فلا تأكل » ولأنه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه . قال (ولا يؤكل ما أصابته البندقة فأت بها) لأنها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمرعاض إذا لم يخزق ، وكذلك إن رماه بحجر ، وكذا إن جرحه . قالوا : تأويله إذا كان ثقيلًا وبه حدة لاحتمال أنه قتله بثقله ، وإن كان الحجر خفيفًا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ، ولو كان الحجر خفيفًا وجعله طويلًا كالسهم وبه حدة فإنه يحل لأنه يقتله بجرحه ، ولو رماه بمرورة حديدية ولم تبضع بضعا لا يحل لأنه قتله دقا ، وكذا إذا رماه بها فأبان رأسه أو قطع أوداجه ، لأن العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوق الشك أو لعله مات قبل قطع الأوداج ، ولو رماه بعصا أو بعود حتى قتله لا يحل لأنه يقتله ثقلا لا جرحا ، اللهم إلا إذا كان له حدة يبضع بضعا فحينئذ لا بأس به لأنه بمنزلة السيف والرمح . والأصل في هذه المسائل أن الموت إذا كان مضافا إلى الجرح يبين كان الصيد حلالا ، وإذا كان مضافا إلى الثقل يبين كان حراما ، وإن وقع الشك ولا يدري مات بالجرح أو بالثقل كان حراما احتياطا ، وإن رماه بسيف أو بسكين فأصابه بحدّه فجرحه حل ، وإن أصابه بقفا السكين أو بمقبض السيف لا يحل لأنه قتله دقا ، والحديد وغيره فيه سواء . ولو رماه فجرحه ومات بالجرح ، إن كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق ، وإن لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة ، لأن الدم قد يحتبس بضيق المنفذ أو غاظ الدم . وعند بعضهم يشترط الإدماء لقوله عليه الصلاة والسلام « ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكل » شرط الإنهار ، وعند بعضهم إن كانت كبيرة

(قوله وإن لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة ، لأن الدم قد يحتبس لضيق المنفذ أو غلظ الدم) أقول : يرد على ظاهر هذا التعليل أنه قد تقرر في كتاب الذبائح أن المقصود بالذبح هو إخراج الدم النجس ، وأن الجرح في أى موضع كان من البدن ذبح اضطرارى يصار إليه عند العجز عن الذبح الاختيارى وهو الجرح . فبما بين اللبة واللحين ، وأن في كل من الذبائح إخراج الدم إلا أن الاختيارى أعمل فيه من الاضطرارى فكون الدم محتبسا لضيق المنفذ أو غلظ الدم لا يقتضى حل أكل الجروح بالرى بدون الإدماء ، بل يقتضى حرمة بناء على عدم حصول المقصود بالذبح . ويمكن الجواب بأن معنى هذا التعليل أن الدم قد يحتبس لضيق المنفذ أو غلظ الدم فلا يمكن إخراجها ففي اعتبار الإدماء جرح ، فاكتفى بما هو سببه في الغالب وهو الجرح فتأمل (قوله وعند بعضهم يشترط الإدماء لقوله صلى الله عليه وسلم « ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكل » شرط الإنهار) أقول : لمانع أن يمنع دلالة الحديث المذكور على شرط الإنهار بناء على عدم القول بمفهوم

لم يصبه من الآجرة إلا ما يصبه من الأرض لو وقع عليه وذلك عفو كما إذا وقع على الأرض وانشق بطنه . وفي الجملة فليس في المسئلة روايتان ، وهذا أى ما فعله شمس الأئمة أصبح لأن المذكور في الأصل مطلق فيجوز على إطلاقه ، وحمله على غير حالة الانشقاق يحوج إلى الفرق بين الجبل والأرض في الانشقاق ، فانه لو انشق بوقوعه على الأرض أكل وقد ذكرنا أنه في معناه . وقوله (كما إذا وقع) أى غير المائى (في الماء) وقوله (وما أصاب المعراض بعرضه) المعراض سهم لا ريش له يمضى عرضا فيصيب بعرضه لا بحدّه ، والبندقة طينة مدورة يرى بها . وقوله (إذا لم يخزق) بالزاي المعجمة خزق المعراض : أى نفذ ، وبالراء المهملة خطأ . وقوله (وكذلك إن جرحه) يعنى إذا رماه بحجر فجرحه ، فإن كان ثقيلًا وبه حدة ، قالوا لا يؤكل

(قال المصنف : لقوله عليه الصلاة والسلام « ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكل » شرط الإنهار الخ) أقول : قال الإتقاني : وهذا ضعيف عندي

حل بدون الإدماء ، ولو ذبح شاة ولم يسلم منه الدم قيل لا تحل وقيل تحل . ووجه القولين دخل فيما ذكرناه . وإذا أصاب السهم ظلف الصيد أو قرنه ، فإن أدماه حل وإلا فلا . وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه . قال (وإذا رمى صيدا فقطع عضوا منه أكل الصيد) لما بيناه (ولا يؤكل العضو) وقال الشافعي رحمه الله : أكلا إن مات الصيد منه لأنه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما إذا أبين الرأس بذكاة الاختيار بخلاف ما إذا لم يمت لأنه ما أبين بالذكاة . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « ما أبين من الحي فهو ميت » ذكر الحي مطلقا فينصرف إلى الحي حقيقة وحكما ، والعضو المبان بهذه الصفة لأن المبان منه حتى حقيقة لقيام الحياة فيه ؛ وكذا حكما لأنه تنوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حيا ، حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة يحرم . وقوله أبين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم يقع ذكاة لبقاء الروح في الباقي ، وعند زواله لا يظهر في المبان لعدم الحياة فيه ، ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الأصل ؛ لأن المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل . والمبان من الحي صورة لاحكما يحل وذلك بأن يبقى في المبان منه حياة بقدر ما يكون

المخالفة تدبر تفهم . وطعن فيه صاحب الغاية بوجه آخر حيث قال : وهذا ضعيف عندي لأنه كما شرط الإنهار شرط فرى الأوداج أيضا . وفي ذكاة الاضطرار لا يشترط فرى الأوداج ، فكذا لا يشترط الإنهار انتهى . أقول : ليس هذا بسديد . لأن عدم اشتراط فرى الأوداج في ذكاة الاضطرار للعجز عنه ولزوم الحرج في اشتراطه ، وهذا غير متحقق في الإنهار إذ لا عجز عن الجرح بلا ريب ، ثم إن الجرح لا ينفك عن الإنهار في الغالب فلا حرج في اشتراط الإنهار على رأى ذلك البعض فافترقا (قوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « ما أبين من الحي فهو ميت » ذكر الحي مطلقا فينصرف إلى الحي حقيقة وحكما ، والعضو المبان بهذه الصفة) قال الشراح : يعنى أنه ذكر الحي مطلقا والمطلق ينصرف إلى الكامل والكامل هو الحي حقيقة وحكما والعضو

لاحتمال أن قتله بثقله ، وإن كان خفيفا وبه حدة أكل . والمروة : حجر أبيض رقيق كالسكين يذبح به ، واللهم يستعمل عقبيه إلا إذا كان المستثنى عزيزا نادرا إيدانا بأنه بلغ في الندرة حد الشذوذ . وقوله (قيل لا يحل) هو قول أبي القاسم الصفار . ووجهه أن الدم النجس لم يسلم فلا يكون بمعنى الذبح . وقيل يحل ، وهو قول أبي بكر الإسكاف لوجود الذكاة بين اللبة والحيين ، والدم قد يحتبس لظاهله أو لضيق المنفذ . وقوله (وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه) يريد به قول أبي القاسم الصفار فإنه شرط سيلان الدم . قال (وإن رمى صيدا الخ) إذا قطع بالرمي عضوا من الصيد أكل الصيد لما بينا أن الرمي مع الجرح مبيح وقد وجد ، ولا يؤكل العضو إن أمكن حياته بعد الإبانة وإن لم يمكن أكلا . وقال الشافعي ، وهو مذهب ابن أبي ليلى إن مات الصيد منه أكل لأنه مبان بذكاة الاضطرار وكل ما كان كذلك حل المبان (والمبان منه كما إذا أبين الرأس بذكاة الاختيار) وذلك لأن قطع أى عضو كان في ذكاة الاضطرار كقطع الرأس في ذكاة الاختيار . والرأس يؤكل في ذكاة الاختيار فكذا العضو المسان في ذكاة الاضطرار (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « ما أبين من الحي فهو ميت ») ووجه الاستدلال أنه ذكر الحي مطلقا ، والمطلق ينصرف إلى الفرد الكامل ، والكامل هو الحي حقيقة وحكما ، والعضو المبان بهذه الصفة : يعنى أبين من الحي حقيقة وحكما ، أما حقيقة فليقيام الحياة به ، وأما حكما فلأنه يتوهم حياته بعد إبانة هذا العضو ، ولهذا : أى ولكونه حيا حكما اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة لم يؤكل لجواز أن يكون موته بوقوعه في الماء . وقوله (أبين بالذكاة) ذكره ليجيب عنه بقوله قلنا وتقريره سلمنا أن ما أبين بالذكاة يؤكل ولكن لا ذكاة هاهنا لأن هذا الفعل وهو إبانة العضو

لأنه كما شرط الإنهار شرط فرى الأوداج أيضا . وفي ذكاة الاضطرار كما لا يشترط فرى الأوداج فكذا لا يشترط الإنهار انتهى . وفيه بحث ، إذ لا ملازمة بينهما ، وعدم اشتراط الأول في ذكاة الاضطرار بدليل ولا دليل في الثاني (قوله وتقريره سلمنا الخ) أقول : هذا التسليم لا يلزم أن يكون مسبوقا بالمنع ليرد أنه لا وجه له .

في المذبوح فإنه حياة صورة لا حكما . ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحياة أو تردى من جبل أو سطح لا يحرم فتخرج عليه المسائل . فنقول : إذا قطع يدا أو رجلا أو فخذا أو ثلثه مما يلي القوائم أو أقل من نصف الرأس يحرم المبان ويحل المبان منه لأنه يتوهم بقاء الحياة في الباقي (ولو قدّه بنصفين أو قطعه أثلاثا والأكثر مما يلي العجز أو قطع نصف رأسه أو أكثر منه يحل المبان والمبان منه) لأن المبان منه حتى صورة لا حكما . إذ لا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح . والحديث وإن تناول السمك وما أبين منه فهو ميت : إلا أن ميتته حلال بالحديث الذي رويناه (ولو ضرب عنق شاة فأبان رأسها يحل لقطع الأوداج) ويكره هذا الصنيع لإبلاغه النخاع . وإن ضربه من قبل القفا . إن مات قبل قطع الأوداج لا يحل . وإن لم يمت حتى قطع الأوداج حل . ولو ضرب صيدا فقطع يدا أو رجلا ولم يبنه : إن كان يتوهم الالتئام والاندمال فإذا مات حل أكله . لأنه بمنزلة سائر أجزائه . وإن كان لا يتوهم بأن بقي متعلقا بجملده حل ماسواه لوجود الإبانة معنى والعبرة للمعاني . قال (ولا يؤكل صيد الجوسى والمرند والوثني) لأنهم ليسوا من أهل الذكاة على ما بيناه في الذبائح . ولا بد منها في إباحة الصيد بخلاف النصراني واليهودي لأنهما من أهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا . قال (ومن رمى صيدا فأصابه ولم يشخه ولم يخرج منه عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني ويؤكل) لأنه هو الآخذ ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « الصيد لمن أخذ » (وإن كان الأول أثنى فرماه الثاني فقتله فهو للأول ولم يؤكل)

المبان بهذه الصفة : أى أبين من الحى حقيقة وحكما . أقول : المقدمة القائلة أن المطلق ينصرف إلى الكامل شائعة في أسنة الفقهاء وكتب أصحابنا لكنها مخالفة في الظاهر لما تقرر في أصول أئمتنا من أن حكم المطلق أن يجري على إطلاقه . كما أن المقيد يجري

حال وقوعه ليس بذكاة لبقاء الروح في الباقي على وجه يمكن الحياة بعده إذ الفرض ذلك . والجرح يعتبر ذكاة إذا مات منه ، أو يكون على وجه لا يمكن الحياة بعده . ولهذا لو وجده وفيه من الحياة فوق ما في المذبوح لابد من ذبحه وعند زوال الروح وإن كان ذكاة بالنسبة إلى الصيد . لكنه ليس بذكاة بالنسبة إلى المبان لعدم تأثيره في موته لفقد الحياة فيه حينئذ . فإن قيل : فليكن ذكاة للمبان بتبعية الأكثر إذا مات من ذلك القطع . أجاب بقوله ولا تبعية : يعنى الأقل يتبع الأكثر إذا لم يفصل عنه . وها هنا قد انفصل فرزت التبعية . والأصل المذكور في الكتاب ظاهر . وقوله (والأكثر مما يلي العجز) احتراز عما إذا كان الأكثر مما يلي الرأس فإنه يؤكل الأكثر لا غير . وهذا لأن الأوداج من القلب إلى الدماغ . فإن أبان الثلث مما يلي العجز لم يقع الفعل ذكاة لعدم قطع الأوداج . وإنما وقعت بموته . والجزء مبان عند ذلك . وأما إذا أبان الثلث مما يلي الرأس فقد وقع الذكاة بقطع الأوداج نفسه . وحينئذ لم يكن الجزء مباناً . والباقي ظاهر . وقوله (ولا يؤكل صيد الجوسى) مبناه ما تقدم أن غير أهل الكتاب من الكفار ليس بأهل للذكاة الاختيارية ولا بد منها في إباحة الصيد . قال (ومن رمى صيدا فأصابه ولم يشخه الخ) اعلم أن الرجلين إذا رميا صيدا فذلك ينقسم إلى قسمين : إما أن يرمياه معا أو متعاقبا . والأول على أوجه : فإنه إذا رمياه معا فإما أن يصيبا معا أو يصيب أحدهما أولا . فإن أصاب فإما أن يشخه قبل إصابة الثاني أولا . والثاني كذلك فإنه إما أن يرميه الثاني قبل إصابة السهم الأول أو بعدتها . فإن كان الثاني فإما أن يشخه الأول أو لم يشخه . والأول بوجهه والوجه الأول من الثاني غير المذكور في الكتاب . وأنا أذكر ذلك تكملة للإفادة . فإن رميا معا وأصابا معا فقتلاه فهو لهما جميعا . ويؤكل لأن كل واحد منهما رمى إلى صيد مباح فيحل تناوله اعتبارا بحالة الرمي . فإنه كان صيدا حال رميهما فيقع فعل كل واحد منهما ذكاة وأصابا الرميان معا فاستويا في السببية ، وذلك يوجب المساواة في الملك ، وإن رمياه معا فأصابه سهم أحدهما أولا فأثنى : أى أضغفه

(قوله فإن أصاب ، فإما أن يشخه قبل إصابة الثاني أولا والثاني كذلك) أقول : يعنى إذا رميا متعاقبا (قوله اعتبارا بحال الرمي) أقول : اعتبار حالة الرمي هنا ليس لأنه لو اعتبر حالة الاتصال لم يحل فإنه في تلك الحالة أيضا صيد مباح . بل لكون المنظور عند الثلاثة ذلك

لاحتمال الموت بالثاني . وهوليس بذكاة للقدرة على ذكاة الاختيار . بخلاف الوجه الأول . وهذا إذا كان الرمي الأول بحال ينجو منه الصيد لأنه حينئذ يكون الموت مضافا إلى الرمي الثاني . وأما إذا كان الأول بحال لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة إلا بقدر ما يبق في المذبوح . كما إذا أبان رأسه بخل لأن الموت لا يضاف إلى الرمي الثاني لأن وجوده وعدمه بمنزلة . وإن كان الرمي الأول بحال لا يعيش منه الصيد إلا أنه بقي فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح بأن كان يعيش يوما أو دونه : فعلى قول أبي يوسف لا يحرم بالرمي الثاني . لأن هذا القدر من الحياة لا عبرة بها عنده . وعند محمد يحرم لأن هذا القدر من الحياة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه . فصار الجواب فيه والجواب فيما إذا كان الأول بحال لا يسلم منه الصيد سواء فلا يخل . قال (والثاني ضامن لقيمته للأول غير مانقصة جراحته) لأنه بالرمي أثلف صيدا مملوكا له لأنه ملكه بالرمي المشخن وهو منقوص بجراحته . وقيمة المتلف تعتبر يوم الإلتلاف . قال رضى الله عنه : تأويله إذا علم أن القتل حصل بالثاني بأن كان الأول بحال ينجوز أن يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا إلى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للأول منقوصا بالجراحة فلا يضمه كمالا . كما إذا قتل عبدا مريضا

على تقييده فتأمل في التوفيق (قوله قال رضى الله عنه : تأويله إذا علم أن القتل حصل بالثاني بأن كان الأول بحال ينجوز أن يسلم الصيد منه الخ) أقول : لقائل أن يقول : تأويل المسئلة هاهنا بما ذكره بعد أن أولها مرة فيما قبل بقوله وهذا إذا كان الرمي الأول بحال ينجو منه الصيد يرى مستدركا : لأن مجموع التأويلين متعلق بمسئلة واحدة مذكورة في مختصر القدورى وهى قوله وإن كان الأول أثخنه فرماه الثانى فقتله لم يؤكل . والثاني ضامن لقيمته للأول غير مانقصة جراحته انتهى . فلما أول المصنف قوله لم يؤكل بما إذا كان الرمي الأول بحال ينجو منه الصيد تعين أن يكون أيضا قوله والثاني ضامن لقيمته للأول غير مانقصة جراحته فيما إذا كان الرمي الأول بحال ينجو منه الصيد . لأن قوله والثاني ضامن لقيمته للأول فرع قوله لم يؤكل ، فما هو شرط في الأصل شرط في الفرع أيضا . وإذا علم أن الرمي الأول كان بحال ينجو منه الصيد علم أن القتل حصل بالرمي الثاني فلا حاجة إلى التأويل الثانى . ثم أقول : في الجواب : إن كون الرمي الأول بحال ينجو منه الصيد إنما يقتضى أن لا يحصل القتل بالرمي الأول فقط ، ولا يقتضى أن يحصل القتل بالرمي الثانى وحده بخوارج أن يحصل من اجتماع الرميين ، إذ قد يكون في حالة الاجتماع

وأخرجه عن حيز الامتناع ثم أصاب سهم الآخر فقتله فهو للأول ، وحل أكله عندنا . خلافا لزر . هو يعتبر حالة الاتصال والسهم الثانى أصابه وهو غير ممتنع فصار كما لو رمى شاة . ونحن نعتبر للحل حالة الإرسال لأن الإصابة بالحل تبيحه ولهذا تعين التسمية حالة الإرسال والإرسال قد حصل منهما والحل صيد فلم يتعلق بالثاني حظر . ولما ملك حالة الاتصال لأن الملك يتصل بالحل ، وسهم الأول أخرجه عن حيز الامتناع فلكه قبل أن يتصل به الثانى ، وإن لم يشخنه فهو للثاني وهو ظاهر . وإن رماه الثانى بعد ما رماه الأول قبل أن يصيب سهمه وهو الأول من القسم الثانى فحكمه حكم ما لو رمياه معا هو لهما وحل أكله . وأما المذكور في الكتاب فقد أمعن المصنف في بيانه ، ونشير إلى بعض ألفاظه إن خفى . فقوله (هذا) إشارة إلى قوله ولم يؤكل .

لدليل ساقهم إليه كما يذكره (قوله هو يعتبر حالة الاتصال) أقول : يعنى الاتصال بالحل (قوله والحل صيد) أقول : الواو حالية (قوله وللملك حالة الاتصال) أقول : عطف على قوله للحل في قوله ونحن نعتبر للحل (قوله وسهم الأول أخرجه) أقول : الواو حالية (قوله وإن لم يشخنه) أقول : معطوف على قوله فأثخنه : أى أضغفه الخ (قوله فحكمه حكم ما لو رمياه معا هو لهما وحل أكله) أقول لا بد هاهنا من تفصيل ، فإن ما ذكره إذا أصاب السهمان معا ، وأما إذا أصاب الثانى بعد إصابة الأول فلما أن أثخنه الأول أو لم يشخنه (قال المصنف وأما إذا كان الأول بحال لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة إلا بقدر ما يبق في المذبوح) أقول : الأظهر أن يقول : فإن لم يبق فيه من الحياة إلا بقدر ما يبق في المذبوح يحل الخ . وإن بقى فيه أكثر مما يبق في المذبوح الخ فإن ما ذكره بقوله بأن لا يبقى الخ تفصيل لقوله أما إذا كان الأول بحال لا يسلم منه الصيد كما لا يخفى .

وإن علم أن الموت يحصل من الجراحتين أو لا يدري . قال في الزيادات : يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمنه نصف قيمته مجروحاً بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه . أما الأول فلأنه جرح حيواناً مملوكاً للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه أولاً . وأما الثاني فلأن الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متافاً نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحاً بالجراحتين : لأن الأولى ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانياً . وأما الثالث فلأن الرمي الأول صار بحال يعل بذكاة الاختيار لولا رمى الثاني ، فهذا بالرمي الثاني أفسد عليه نصف اللحم فيضمنه . ولا يضمن النصف الآخر لأنه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه : وإن كان رماه الأول ثانياً فالجواب في حكم الإباحة كالجواب فيما إذا كان الرامي غيره : وبصير كما إذا رمى صيداً على قمة جبل فأثخنه ثم رماه ثانياً فأنزله لا يحل لأن الثاني محرم . كذا هذا . قال (ويجوز اصطيد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل) لإطلاق ما تلونا . والصيد لا يختص بمأكول اللحم . قال قائلهم :

صيد الملوكة أرانب و ثعالب وإذا ركبت فصيدي الأبطال

ولأن صيده سبب للانتفاع بجلده أو شعره أو ريشه أو لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع .

مألاً يكون في حالة الانفراد ومراد المصنف بالتأويل الثاني التقيد بما علم كون القتل حاصلًا بالرمي الثاني وحده ، والمقصود منه الاحتراز عما ذكره بقوله وإن علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري ، ولا يفيد التأويل الأول هذا التقيد لأن القيد الذي ذكره أولاً أعم تحقّقاً من القيد الذي ذكره ثانياً لتناوله صورة أن يحصل القتل من مجموع الرميين كما يتناول صورة أن يحصل بالرمي الثاني وحده ، وإنما المقصود من التأويل الأول الاحتراز عما إذا كان الرمي الأول بحال لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة إلا بقدر ما يبقى في المذبوح ، وعما إذا كان الرمي الأول بحال لا يعيش منه الصيد إلا أنه يبقى فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح كما فصله من قبل ، فلا استدراك أصلاً بل أصاب كل من التأويلين مجراه .

وقوله (وإن علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري قال في الزيادات الخ) بيان لحكم الضمان ولم يذكر حكم الحل . وحكمه أنه لم يؤكل لأن إحدى الرمييتين تعلق بها حظر والأخرى تعلق بها الإباحة ، وإنما لم يذكره المصنف لأنه يعلم من ضمان اللحم ، وإنما كان حكم صورته الجهالة وهي أن لا يدري أن الموت حصل بأيهما كصورة العلم بذلك . لأن كل واحد من الجراحتين سبب للقتل ظاهراً فيضاف إليهما . قيل كان الواجب أن يسقط عنه ضمان نقصان الجراحة لدخوله تحت ضمان نصف القيمة ، وهو فاسد لأن ضمان نقصان الجراحة إنما هو بسبب قبل سبب ضمان نصف القيمة فكيف يدخل فيه . وقوله (وإن كان رماه الأول ثانياً) يعني أن ما تقدم كان فيما إذا كان الرامي الثاني غير الرامي الأول . وهذا فيما إذا رماه الأول ثانياً . قوله (فالجواب في حكم الإباحة الخ) يعني لافي حكم الضمان ، لأن الإنسان لا يضمن ملك نفسه بفعله لنفسه ، والباقي واضح .

(قال المصنف : وإن علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري) أقول : هذا يوم أن بين المثلتين فرقاً : أعنى بين ما إذا حصل القتل بالثاني وحده أو بهما وليس كذلك ، بل لا فرق بينهما لأنه في الموضعين يضمن الثاني جميع قيمته غير ما نقصته جراحة الأول ، إلا أنه بين في المسئلة الأولى جميع الحاصل ، وفي الثانية بين طريق الضمان نقل ذلك عن قاضيهان : أي عدم الفرق بين المثلتين ، إلى آخر ما ذكره الإمام الزيلعي فراجع (قال المصنف : قال قائلهم :

صيد الملوكة أرانب و ثعالب وإذا ركبت فصيدي الأبطال)

أقول : البيت لمنزلة العبي وهو جاهل ، وهم كانوا يأكلون الثعالب وما هو شر منها ، فإن كان استدلاله بها في تحريم أكل الثعلب خلاف بين علماء المسلمين ، فقد ذهب الشافعي وغيره إلى القول بحله ، وإن كان استدلاله بصيد الأبطال فقتل الأبطال لا يسمى صيداً إلا بقرينة فهو مجاز ، وذلك بمنزلة تسمية الشجاع أماً ، ولا يصلح الاستدلال به على أن الصيد لا يختص بمأكول اللحم .

(كتاب الرهن)

الرهن لغة : حبس الشيء بأى سبب كان . وفى الشريعة : جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاءه من الرهن كالديون ، وهو مشروع بقوله تعالى - فرهان مقبوضة - وبما روى « أنه عليه الصلاة والسلام اشترى من يهودى طعاما ورهنه به درعه » وقد انعقد على ذلك الإجماع ، ولأنه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر

(كتاب الرهن)

مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث أن كل واحد من الرهن والاصطياد سبب لتحصيل المال كذا فى الشروح . أقول : يرد على ظاهر هذا التوجيه أن المناسبة المذكورة متحققة بين ما ذكر فى كثير من الكتب السابقة واللاحقة فلا تكون مرجحة لإيراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد . والجواب أن المراد أن هذه المناسبة مع ملاحظة المناسبات المذكورة فى الكتب السابقة واللاحقة تقتضى إيراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد ، وإلا يلزم تفويت تلك المناسبات فتكون مرجحة مع تلك الملاحظة ، وقد نهيت على هذه النكتة غير مرة فى نظائر هذا المقام فلا تغفل . ثم من محاسن الرهن حصول النظر لكل من جانبي الدائن والمدين كما فصل فى النهاية ومعراج الدراية . وسببه ما ذكر فى سائر المعاملات من تعلق البقاء المقدر بتعاطيه . وأما تفسيره لغة وشريعة فركنه وشرط جوازه وشرط لزومه ودليل مشروعيته وحكمه فيجىء كل ذلك فى الكتاب شيئا فشيئا صراحة أو إشارة فتنبه له فى موضعه إن شاء الله تعالى (قوله الرهن فى اللغة حبس الشيء بأى سبب كان . وفى الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاءه من الرهن كالديون) قال بعض الفضلاء : هذا تعريف الرهن التام أو اللازم ، وإلا فى انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض انتهى . أقول : ليس هذا بسديد ، إذ لاشك أنه يتحقق بانعقاد الرهن معنى جعل الشيء محبوسا بحق ، إلا أن للعائد الرجوع عنه مالم يقبض المرتهن الرهن فقبل القبض يوجد معنى الحبس ، ولكن لا يلزم ذلك إلا بعد القبض ، والمأخوذ من التعريف المذكور فى الكتاب للرهن إنما هو نفس الحبس لا لزومه ، فيصدق هذا

(كتاب الرهن)

وجه مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث كونهما سببين لتحصيل المال ، ومن محاسنه حصول النظر لجانب الدائن والمدين . وسببه ما ذكرنا غير مرة . وشرط جوازه وتفسيره ومشروعيته وحكمه مذكور فى الكتاب ، وسنذكره شيئا فشيئا . أما تفسيره فما ذكره (الرهن لغة حبس الشيء بأى سبب كان ، وفى الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاءه منه) أى استيفاء الحق من الرهن بمعنى المرهون (كالديون) وهو احتراز عن ارتهان الخمر وعن الرهن عن الحدود والقصاص . وأما مشروعيته فبقوله تعالى - فرهان مقبوضة - وهو جمع رهن كعباد فى جمع عبد ، وبما روى « أنه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودى طعاما ورهنه درعه » . وبالإجماع فإن الأمة اجتمعت على جوازه من غير تكثير ، وبالمعقول وهو أنه عقد وثيقة لجانب

(كتاب الرهن)

(قال المصنف : وفى الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاءه من الرهن كالديون) أقول : هذا تعريف الرهن التام أو اللازم وإلا فى انعقاد الرهن لا يلزم الحبس ، بل ذلك بالقبض ، والكاف فى قوله كالديون مقحم إن كان الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها رهنا بالدين ، وإلا فلا إقحام .

بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة . قال (الرهن ينعقد بالإيجاب والقبول ويتم بالقبض) قالوا : الركن الإيجاب بمجرد أنه عقد تبرع . فيتم بالتبرع كالهبة والصدقة .

التعريف على الرهن قبل تمامه ولزومه أيضا بلاريب . ثم إن الإمام النسفي لما قال في الكنز : هو حبس شيء بحق يمكن استيفاءه منه كالدين . قال الزيلعي في شرحه : هذا حديثه في الشرع ، ثم قال : وقوله كالدين إشارة إلى أن الرهن لا يجوز إلا بالدين لأنه هو الحق الممكن استيفاءه من الرهن لعدم تعيينه انتهى . أقول : فيه نظر . لأن الظاهر المتبادر من الكاف في قوله كالدين أن يجوز الرهن بغير الدين أيضا ، فإن لم يكن في قوله كالدين إشارة إلى جواز الرهن بغير الدين أيضا فلا أقل من أن لا يكون فيه إشارة إلى انحصار ما يجوز الرهن به في الدين فلا وجه لقول الزيلعي قوله كالدين إشارة إلى أن الرهن لا يجوز إلا بالدين (قوله الرهن ينعقد بالإيجاب والقبول) قال في العناية : ركن الرهن الإيجاب وهو قول الراهن رهنك هذا المال بدين لك على وما أشبهه ، والقبول وهو قول المرتهن قبلت لأنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول . وعلى ذلك عامة المشايخ انتهى . وأورد بعض الفضلاء على قوله لأنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول بأن قال : هذا منقوض بعقد التبرعات . وقال : إلا أن يخص العقد في الصغرى بما سوى التبرع . أقول : ليس شيء من إرادته وتوجيهه بمستقيم . أما الأول فلأن من يقول من المشايخ بأن انعقاد الرهن لا يكون إلا بمجموع الإيجاب والقبول يقول بأن الأمر كذلك في سائر عقد التبرعات أيضا واختلاف المشايخ في أن القبول هل هو ركن كالإيجاب أم لا ؟ ليس بمختص بعقد الرهن بل يعم سائر التبرعات أيضا من العقود كالهبة والصدقة كما مر في أوائل كتاب الهبة . فلا انتقاض بشيء على أصل من يقول من المشايخ بأن القبول ركن في كل عقد ، وقول القدوري الرهن ينعقد بالإيجاب والقبول وتعليل صاحب العناية إياه بقوله لأنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول مبني على أصل هؤلاء المشايخ . وأما قول سائر المشايخ فقد ذكره المصنف بقوله قالوا : الركن الإيجاب بمجرد أنه عقد تبرع . لأنه عقد تبرع فيتم بالتبرع . وأوضحه صاحب العناية في شرحه . وأما الثاني فلأنه لو خص العقد في الصغرى بما سوى التبرع صار المعنى لأنه أي الرهن عقد غير تبرع ، وكل عقد غير تبرع ينعقد بالإيجاب والقبول . ولا شك أن الصغرى تصير حينئذ كاذبة إذ لم يقل أحد بأن عقد الرهن ليس بعقد تبرع . بل أطبقت كما ماتهم على أنه عقد تبرع فلا صحة للتخصيص بما سوى التبرع (قوله قالوا : الركن الإيجاب بمجرد أنه عقد تبرع فيتم بالتبرع كالهبة والصدقة) قال صاحب العناية في حل هذا التعليل : لأنه عقد تبرع . وكل ما هو كذلك يتم بالتبرع ، فالرهن يتم بالتبرع . أما أنه عقد تبرع فلأن الراهن لم يستوجب بإزاء ما أثبت للمرتهن من اليد شيئا

الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب . وتقديره أن للدين طرفين : طرف الوجوب وطرف الاستيفاء ، لأنه يجب أولا في الدفعة ثم يستوفى المال بعد ذلك ، ثم الوثيقة لطرف الوجوب الذي يختص بالدفعة وهي الكفالة جائزة ، فكذا الوثيقة التي تختص بالمال ، بل بطريق الأولى لأن الاستيفاء هو المقصود والوجوب وسيلة إليه . قال (الرهن ينعقد بالإيجاب والقبول) ركن الرهن الإيجاب ، وهو قول الراهن رهنك هذا المال بدين لك على وما أشبهه . والقبول : وهو قول المرتهن قبلت ، لأنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول . وعلى ذلك عامة المشايخ (قالوا) أراد به شيخ الإسلام خواهر زاده (الركن بالإيجاب بمجرد أنه عقد تبرع ، وكل ما هو كذلك يتم بالتبرع) فالرهن يتم بالتبرع ، أما أنه عقد تبرع فلأن الراهن لم يستوجب بإزاء ما أثبت للمرتهن من اليد شيئا عليه . ولا نغني بالتبرع إلا ذلك . وأما أن كل ما هو كذلك يتم بالتبرع فكالهبة والصدقة . وفيه نظر لأنه استوجب عليه صيرورته مستوفيا لدينه عند الملاك . والجواب أن المراد بالاستيجاب ما يكون ابتداء والرهن ليس كذلك .

وسيجيء التفصيل في الورق الآتي (قوله لأنه عقد ، والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول) أقول : منقوض بعقد التبرعات ، إلا أن يخص العقد في الصغرى بما سوى التبرع ، وسيجيء تحقيقه من الشارح (قال المصنف : لأنه عقد تبرع فيتم بالتبرع كالهبة) أقول : في أول كتاب الهبة أنها تصح بالإيجاب والقبول ، وعلمه المصنف بأنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول فليتأمل (قوله ما أثبت للمرتهن من اليد شيئا عليه) أقول : ضمير عليه راجع إلى المرتهن (قوله وفيه نظر لأنه استوجب عليه صيرورته الخ) أقول : ضمير لأنه راجع إلى الراهن ،

والقبض شرط الزوم على مانبيته إن شاء الله تعالى . وقال مالك : يلزم بنفس العقد لأنه يختص بالمال من الجانيين فصار كالبيع ، ولأنه عقد وثيقة فأشبه الكفالة . ولنا ما تلونا ، والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الأمر ،

عليه ، ولا نغنى بالتبرع إلا ذلك . وأما أن كل ما هو كذلك يتم بالتبرع فكالحبة والصدقة ، وقال : فيه نظر . لأنه استوجب عليه صيرورته مستوفيا لدينه عند الهلاك . والجواب أن المراد بالاستيجاب ما يكون ابتداء والرهن ليس كذلك انتهى . أقول : في الجواب بحث : لأن الرهن إن لم يستوجب شيئا على المرتهن ابتداء فقد استوجب عليه شيئا في البقاء وهو صيرورة المرتهن مستوفيا لدينه عند الهلاك . فلم يكن الرهن عقد تبرع من كل وجه . بل كان فيه معنى المعاوضة من وجه حيث صار المرتهن مستوفيا لدينه عند هلاك الرهن في يده فينبغي أن لا يتم بإيجاب الرهن وحده . بل لابد أن يتوقف على قبول المرتهن أيضا حتى يتم جعلنا إياه مستوفيا لدينه حكما عند الهلاك كما هو مذهبنا على ما سيجيء تفصيله فليتأمل (قوله والقبض شرط الزوم على مانبيته) قال في العناية : كأنه تفسير لقول القدوري ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزا وبه يلزم ، وهو أيضا اختيار شيخ الإسلام ، وهو مخالف لرواية عامة الكتب . قال محمد : لا يجوز الرهن إلا مقبوضا . وقال الحاكم في الكافي : لا يجوز الرهن غير مقبوض . وقال الطحاوي في مختصره : ولا يجوز إلا مقبوضا مفرغا محوزا . وقال الكرخي في مختصره : قال أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف ومحمد والحسن بن زياد : لا يجوز الرهن إلا مقبوضا ، إلى هنا لنظ العناية . وقصد بعض الفضلاء دفع مخالفة ما في الكتاب لرواية عامة الكتب فقال : سبق في كتاب الهبة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تجوز الهبة إلا مقبوضة » والقبض ليس بشرط الجواز في الهبة فليكن هنا كذلك فليتأمل انتهى . أقول : هذا قياس مع الفارق ، إذ قد دعت الضرورة هناك إلى صرف نفي الجواز عن ظاهره ، إذ الجواز قبل القبض ثابت هناك بالإجماع . فحملنا نفي الجواز بدون القبض في قوله عليه الصلاة والسلام « لا تجوز الهبة إلا مقبوضة » على نفي ثبوت حكم الهبة وهو الملك للموهوب له . وأما هنا فلا ضرورة ولا مجال للحمل على نفي ثبوت الملك للمرتهن بدون القبض وثبوته له بالقبض كما هو موجب النفي والاستثناء ، إذ ليس حكم الرهن ثبوت الملك للمرتهن بحال أصلا فبقى نفي الجواز هاهنا على ظاهره . قوله (ولنا ما تلونا . والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الأمر) نظيره قوله تعالى - فضرب الرقاب - أي فاضربوها وقوله تعالى - فتحرير رقبة مؤمنة - أي فليحررها

قوله (والقبض شرط الزوم) كأنه تفسير لقول القدوري ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزا وبه يلزم ، وهو أيضا اختيار شيخ الإسلام وهو مخالف لرواية عامة الكتب . قال محمد : لا يجوز الرهن إلا مقبوضا . وقال الحاكم الشهيد في الكافي : لا يجوز الرهن غير مقبوض . وقال الطحاوي في مختصره : لا يجوز الرهن إلا مقبوضا مفرغا محوزا . وقال الكرخي في مختصره : قال أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف ومحمد والحسن بن زياد : لا يجوز الرهن إلا مقبوضا . وقال مالك : يلزم الرهن بنفس العقد لأنه يختص بنفس المال من الجانيين فصار كالبيع ، ولأنه عقد وثيقة فلا يكون القبض شرطا كالكفالة (ولنا ما تلونا) من قوله تعالى - فرهان مقبوضة - والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الأمر كما في قوله تعالى - فن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر - أي فليصم ، وكما في قوله تعالى - ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة - أي فليحرر فيكون تقديره والله أعلم ، وإذا كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فارهقوا وارتموا ، لكن ترك كونه معمولا به في حق ذلك حيث لم يجب الرهن على المديون ولا قبوله على الدائن بالإجماع فوجب أن يعمل في شرطه وهو القبض كما في قوله صلى الله عليه وسلم « الحنطة بالحنطة مثلا بمثل » بالنصب : أي بيعوا ، فلم يعمل الأمر في نفس البيع لأن البيع مباح فصرف إلى شرطه وهو المائنة في أموال

وضمير عليه وصيرورته راجعان إلى المرتهن (قوله وهو مخالف لرواية عامة الكتب . قال محمد : لا يجوز الرهن إلا مقبوضا) أقول : سبق في كتاب الهبة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تجوز الهبة إلا مقبوضة » والقبض ليس بشرط الجواز في الهبة فليكن هنا كذلك فليتأمل (قوله كما في قوله تعالى - فن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر -) أقول : فإن التقدير : فصورم عدة .

ولأنه عقد تبرع لما أن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من إمضائه كما

وقوله تعالى - فعدة من أيام أخر - بتقدير فصوص عدة من أيام أخر : أى فليصم عدة من أيام أخر ، فكان المصدر فيما تلونا هاهنا أيضا وهو قوله تعالى - فهران مقبوضة - بمعنى الأمر : أى غارهنوا وارتهنوا . ثم لما كان بمعنى الأمر ولم يعمل بموجب الأمر الذى هو الوجوب والازوم فى حق نفس الرهن حيث لم يجب الرهن على المديون بالإجماع وجب أن يعمل به فى شرطه وهو القبض كما قلنا فى قوله عليه الصلاة والسلام « الخنطة بالخنطة مثلاً بمثل » بالنصب : أى بيعوا ، فلم يعمل الأمر فى نفس البيع لأن البيع مباح غير واجب فصرف إلى شرطه وهو المماثلة فى أموال الربا ، فكذا هنا . هذا زبدة ما ذكر فى جملة الشروح فى شرح هذا المقام . ثم إن كثيرا من الشراح استشكلوا كلام المصنف هاهنا ، فقال صاحب النهاية : فى تسميته الرهان بالمصدر نظر ، لأن الرهان جمع رهن كالنعل والنعال والحبل والحبال ، كذا فى كتب اللغة ، ولأن قوله مقبوضة بالتأنيث دال على أنه جمع وليس بمصدر ، ولو تمحل متمحل بتصحيح ما فى الكتاب بقوله تقديره فهران رهان مقبوضة فكان المصدر محذوفا فجعل المحذوف بمنزلة الثابت فقال المصدر المقرون بحرف الفاء ، والرهان لما كان مصدرا على قول صاحب الكتاب كان إرادة المرهون به جائزة كالرهن يراد به المرهون ، ثم أنت المرهون بتأويل السلعة أو العين فقبيل مقبوضة بالتأنيث كما يؤتى الصوت بتأويل الصبيحة لكان وجهها بعيدا ، إذ فى الأول ورود الإلباس وفى الثانى لا يبقى المصدر بحقيقته والله أعلم ، إلى هنا لفظ النهاية . وقال صاحب غاية البيان : وقد سمي صاحب الهداية الرهان مصدرا كما ترى ، وكذلك ذكر شيخ الإسلام علاء الدين الإسيبى فى شرح الكافى . ولنا فيه نظر . لأنه خلاف ما ثبت فى قوانين اللغة كالجهمية ودبوان الأدب وغيرهما ، لأنهم قالوا : الرهان جمع رهن ، وجمع الرهن رهون ورهان ورهن بضمين ، والرهينة بمعنى الرهن أيضا وجمعها رهاثن . نعم الرهان يحىء مصدرا من قولهم راهنه على كذا : أى خاطره مراهنه ورهانا من باب المفاعلة ، ولكن ليس ذلك مما نحن فيه ، ولو كان المصدر هو المراد فى الآية لم يحتاج فى صفة الرهان إلى تاء التأنيث فافهم ، إلى هنا لفظه . وقال صاحب الكفاية : فى تسميته الرهان بالمصدر نظر

الربا فكذا هنا . وفيه بحث من أوجه : الأول ما قبل إن المصنف جعل الرهان مصدرا وهو جمع رهن . والثانى أنه يجوز أن يكون الأمر للإباحة بقرينة الإجماع فينصرف إلى الرهن لا إلى القبض . والثالث أن القبض إن كان شرطا للجواز أو للزوم وسلم ذلك فقد ارتفع النزاع ولا حاجة إلى الدليل . والرابع أن الآية متروكة الظاهر : لأن ظاهرها يدل على أن الرهن إنما يكون فى السفر كما قال به مجاهد والضحاك وقد ترك . ومتروكة الظاهر لا يصلح حجة . والجواب عن الأول أنه مما يقضى منه العجب لأنه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك ، وإسناد مقبوضة - إلى ضمير المصدر مجاز عطفى كما فى : سيل مفعم . وعن الثانى أن الأمر فى الوجوب حقيقة كما عرف ، والإجماع لا يصلح قرينة للمجاز لأن المجاز هو اللفظ المستعمل فى غير ما وضع له بقرينة والإجماع لم يكن حال استعمال هذا اللفظ ، وإعمال الحقيقة فى الرهن غير ممكن فصرف إلى القبض . وعن الثالث أن الدليل لإلزام مالك رحمه الله حيث لا يجعل شرط الزوم ولا الجواز ، وذلك أن الله تعالى وصف الرهن بالقبض كما وصف التجارة بالراضى ، والراضى وصف لازم فى التجارة فكذا القبض فى الرهن . لا يقال : هذا استدلال بمفهوم الصفة ، وهو ليس بصحيح ، إما لأن ذلك مذهب الجمهور من أصحابنا فيجوز أن يكون المصنف قد اختاره ، وإما لأن عدم الصحة إنما يكون إذا لم تكن الصفة مقصودة ، وقد ذكرنا آنفا أن الوجوب انصرف إليها . وعن الرابع بأننا لانسلم أن متروكة الظاهر بدليل ليس بحجة ، لأن النصوص المؤولة متروكة الظاهر وهى عامة الدلائل ، هذا ما سنح لى فى هذا الموضع والله أعلم . وقوله (ولأنه عقد تبرع) دليل معقول على اشتراط القبض وهو واضح .

(قوله الأول ما قبل) أقول : القائل هو الإتيافى والكاكى (قوله ولا حاجة إلى الدليل) أقول : كيف لا يحتاج إلى الدليل وهى مسألة فرعية لاتسلم إلا عن دليلها من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس (قوله والجواب عن الأول أنه مما يقضى منه العجب لأنه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك) أقول : فيه بحث ، فإن الذى جمع على رهان هو الرهن بمعنى المرهون ، يدل عليه توصيفه بمقبوضة ومجازى

في الوصية وذلك بالقبض ، ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لأنه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع .

لأن الرهان جمع رهن كالنعل والنعال والحبل والحبال ، وقوله مقبوضة بالتأنيث دال على أنه جمع وليس بمصدر ، وإنما قال : والمصدر المقرون لأن تقديره والله أعلم فرهن رهان مقبوضة انتهى . وقال صاحب معراج الدراية : وفي النهاية : في تسميته الرهان بالمصدر نظر ، لأن الرهان جمع رهن كالنعل والنعال هكذا في كتب اللغة ، ويدل عليه قوله - مقبوضة - بالتأنيث فدل أنه جمع لا مصدر . وقال في الفوائد الشاهية : يجوز أن يكون الرهان مصدرا من باب المفاعلة كالقتال والضراب ، ومقبوضة صفة لموصوف محذوف وهو فرهان مرهونة مقبوضة ، وأنت المرهون بتأويل السلعة أو العين كما يؤث الصوت بتأويل الصبيحة ، ويجوز أن يكون الرهان مصدرا بمعنى المفعول وأنت المرهون لما ذكرنا ، ويجوز أن يكون الرهان قائما مقام مصدر محذوف وهو فرهن رهان مقبوضة فيكون مصدرا لتقديره لا تحقيقا ، إلى هنا كلامه . وأما صاحب العناية فعد ما استشكلوه أمرا هينا وتعجب منه حيث قال : قيل إن المصنف جعل الرهان مصدرا وهو جمع رهن ، ثم قال : والجواب عنه أنه مما يقضى منه العجب لأنه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك ، وإسناد مقبوضة إلى ضمير المصدر مجاز عقلي كما في : سيل مفعم انتهى . أقول : منشأ مجازته هذه الغفول عما ذكر في كتب اللغة وكتب التفسير ، لأن كون الرهان جمع رهن أمر مقرر ، وأما كونه جمع رهن بمعنى المصدر فكلا بل هو جمع رهن بمعنى المرهون . قال في المغرب : والرهن المرهون والجمع رهنون ورهان ورهن . وقال في القاموس : الرهن ما وضع عندك لينوب مناب ما أخذ منك والجمع رهان ورهان ورهن وبضمتين . وقال في الصحاح : الرهن معروف ، والجمع رهان مثل حبل وحبال . وقال في تفسير القاضي : رهان ورهن كلاهما جمع رهن بمعنى مرهون ، وكذا في سائر التفاسير . ثم إن كون إسناد - مقبوضة - إلى ضمير رهان مجازا عقليا خلاف الظاهر لا يضر إليه بلا ضرورة داعية إليه وهي منتفية في الآية المزبورة ، إذ يصبح المعنى ويحسن جدا بحمل الرهان على جمع الرهن بمعنى المرهون كما حمل عليه المفسرون ويكون الإسناد إذ ذاك حقيقيا ، فما معنى العدول عنه وبناء استدلالنا بتلك الآية على ما هو خلاف الظاهر وخلاف ما عليه فحول المفسرين . ثم إن تمثيله المجاز العقلي الذي ذهب إليه هاهنا بسيل مفعم قبيح جدا ، فإن المفعم اسم مفعول أسند إلى الفاعل كما عرف في موضعه وليس مما أسند إلى المصدر ، بخلاف ما نحن فيه على ما ذهب إليه ، فالمناسب في التثنية هاهنا أن يقول كما في شعر شاعر على ما ذكر في كتب علم البلاغة . ثم أقول : التوجيهات التي ذكرت في سائر الشروح لتصحيح ما في الكتاب كلها أيضا خلاف الظاهر وخلاف ما عليه جمهور المفسرين ، فالإنصاف أن التمسك بمثلها لا يفيد القطع ولا الإلزام على الخصم ، ولكن الأقرب والأشبه من بينها أن يكون التقدير فرهن رهان مقبوضة ، على أن يكون المصدر المقرون بالفاء محذوفا كما في قوله تعالى - فعدة من أيام أخر - فإن التقدير فيه : فصوم عدة من أيام أخر تأمل ثرشد (قوله ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية ، لأنه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع) قال بعض الفضلاء : هذا منقوض بصورة الصرف ، فإنه لا بد فيه من القبض بالبراجم ولا يكتفى بالتخلية مع جريان الدليل إلا أن يثبت رواية كفاية التخلية فيه وكونها مختار المصنف انتهى . أقول : الجواب عن

قوله (ثم يكتفى فيه بالتخلية) يريد بها رفع المانع : ووجه ظاهر الرواية واضح . وقوله (لأنه) أي قبض الرهن

الاستعمال أيضا ، ولعل الأولى أن يقال : التقدير فرهن رهان كما في قوله تعالى - فعدة من أيام أخر - وذلك مراد المصنف ، ويؤيد ما ذكرناه ما قاله القاضي في تفسيره رهان ورهن كلاهما جمع رهن بمعنى مرهون انتهى . وما قاله الإمام عمر النسفي في تفسيره رهان جمع رهن وهو العين المتبوض بالدين توثيقا له . وما قاله الشيخ النسفي أيضا في تفسيره : ثم الرهن مصدر والمصدر قد تجعل أسماءه ويؤول عنها عمل الفعل ، فإذا قال : رهن عند زيد رهننا لم يكن انتصابه انتصاب المصدر بل انتصاب المفعول به ، كما يقال رهننا زيدا ثوبا ، ولما جعل أسماء جمع كما يجمع الأسماء رهن ورهان انتهى ، وهكذا في التفسير الكبير . (قال المصنف : لأنه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع) أقول : منقوض بصورة الصرف ، فإنه لا بد فيها من القبض بالبراجم ولا يكتفى بالتخلية مع جريان الدليل ، إلا أن يثبت رواية كفاية التخلية فيه وكونها مختار المصنف .

وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يثبت في المنقول إلا بالنقل لأنه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب . بخلاف الشراء لأنه ناقل للضمان من البائع إلى المشتري وليس بموجب ابتداء والأول أصح . قال (وإذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا متميزا تم العقد فيه) لوجود القبض بكماله فلزم العقد (ومالم يقبضه فالراهن بالخيار إن شاء سلمه وإن شاء رجع عن الرهن) لما ذكرنا أن لزوم القبض إذ المقصود لا يحصل قبله . قال (وإذا سلمه إليه فقبضه دخل في ضمانه)

هذا النقض هين . فإن التعليل المذكور على موجب القياس ولزوم القبض في الصرف إنما يثبت بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم « بدا بيد » كما تقرّر في محله . والقياس يترك بالنص على ما عرف . بخلاف ما نحن فيه فإنه لم يرد فيه نص يقتضى حقيقة القبض وعدم كفاية التخلية فعملنا فيه بموجب القياس (قوله وعن أبي يوسف أنه لا يثبت إلا بالنقل لأنه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب) قال صاحب العناية : فيه نظر ، لأن القبض بعقد التبرع لم يعهد موجبا للضمان وبين التبرع والضمان منافاة ، ولا بد من الضمان في الرهن عند الهلاك فينتفى التبرع انتهى . أقول : هذا النظر في غاية السقوط ، لأن جهة التبرع في الرهن غير جهة الضمان فيه ، فإن جهة التبرع فيه من حيث أنه يجعل محبوسا في يد المرتهن بلا استيجاب شيء عليه بمقابلة ذلك ، وجهة الضمان فيه عند الهلاك من حيث أنه يثبت فيه للمرتهن يد الاستيفاء من وجه فيتقرر عند الهلاك فيصير المرتهن بذلك مستوفيا لدينه كما استطاع على بيانه . والمنافاة بين التبرع والضمان إنما تلزم أن لو كانا من جهة واحدة وليس فليس . والعجب من صاحب العناية أنه كيف خفي عليه هذا المعنى مع ظهوره مما سيأتى في الكتاب من تفصيل دليلنا العقلي على مسئلة أنه إذا سلم الراهن المرهون إلى المرتهن دخل في ضمانه (قوله فإذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا متميزا تم العقد فيه) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام :

(قبض موجب للضمان ابتداء) لأنه لم يكن مضمونا على الراهن قبل القبض حتى ينتقل الضمان منه إلى المرتهن . وكل قبض هذا شأنه لا يكفي فيه بالتخلية كما في الغصب ، فإن المغصوب لا يصير مضمونا بدون النقل فكذلك المرهون . وفيه نظر لأن القبض بعقد التبرع لم يعهد موجبا للضمان وبين التبرع والضمان منافاة ، ولا بد من الضمان في الرهن عند الهلاك فينتفى التبرع فلا ينعقد الرهن إلا بالإيجاب والقبول . وعلى ذلك رواية الكتب كالمعتق والمحيط وغيرهما (بخلاف الشراء) جواب عن قباس وجه الظاهر بأن القبض في الشراء ناقل للضمان من البائع إلى المشتري لكون المبيع بعد العقد قبل التسليم إلى المشتري مضمونا على البائع بالثمن . وبالتسليم إليه ينتقل الضمان منه إليه فلم يكن مضمونا على القابض ابتداء . وقوله (والأول) أى وجه الظاهر (أصح) لأن الرهن توثقة بلجهة الاستيفاء ، وحقيقة الاستيفاء تثبت بالتخلية بأن يحل الراهن بين المرتهن ودينه فكذلك جهته ، إذ الحقيقة أقوى من الجهة ، وما يثبت به الأقوى يثبت به الأدنى . وأما الوصف المذكور في وجه غير الظاهر وهو كون القبض في الشراء ناقلا للضمان وفي الرهن مثبتا له ابتداء فلا يكاد يبين . وقوله (فإذا قبضه المرتهن الخ) قد ثبت أن القبض منصوب عليه ، وقد تقدم في الهبة أن المنصوص معنى بشأنه وذلك يقتضى الكمال ، والكمال في القبض هو أن يكون الرهن محوزا مفرغا متميزا فيجب ذلك . وقوله محوزا احتراز عن رهن التمر على رءوس النخل بدونها . وقوله (مفرغا) احتراز عن عكسه . وقوله (متميزا) احتراز عن الشيوع في الرهن ، فإن قبضه المرتهن على هذا الوجه تم العقد ولزم ، وإن لم يقبضه فالراهن بالخيار بين التسليم وعدمه

(قوله لأنه لم يكن مضمونا على الراهن قبل العقد) أقول : الأولى أن يقال قبل القبض (قوله وما ثبت به الأقوى يثبت به الأدنى) أقول : لم لا يجوز أن يحتاج الأدنى لضعفه إلى ما يقويه ويؤكدّه (قوله فلا يكاد يبين) أقول : فيه بحث (قوله محوزا احتراز عن رهن التمر على رءوس النخل بدونها . وقوله مفرغا احتراز عن عكسه . وقوله متميزا احتراز عن الشيوع في الرهن) أقول : قال صدر الشريعة في شرحه للوقاية : فقبض محوزا : أى مقسوما غير شائع مفرغا : أى غير مشغول لحق الراهن حتى لا يجوز رهن الأرض بدون النخل والشجرة بدون الثمر ، ودار فيها . متاع الراهن بدون المتاع متميزا : أى إن كان متصلا بحق الراهن خلقه كالثمر على الشجر يجب أن يميز ويفصل عنه ، فالمفرغ والمميز يتعاق بالحل فيجب فراغه عما حل فيه ، وهو ليس بمرهون : سواء كان اتصاله به خلقه أو مجاورة ، والمميز يتعلق بالحاصل في الحل فيجب انفصاله عن محل غير مرهون إذا كان اتصاله به خلقه . حتى لو كان اتصاله بالمجاورة لا يضر كرهن المتاع الذي في بيت الراهن انتهى فتأمل التباين بين التفسيرين .

وقال الشافعي رحمه الله : هو أمانة في يده . ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه لقوله عليه الصلاة والسلام « لا يعلق الرهن ، قالها ثلاثة : لصاحبه غنمه وعليه غرمه » . قال : ومعناه لا يصير مضمونا بالدين . ولأن الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك . وهذا لأن بعد الوثيقة يزاد معنى الصيانة ، والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد إذا لحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام للمرتهن بعد مانفق فرس الرهن عنده « ذهب حقتك » وقوله عليه الصلاة والسلام « إذا غمى الرهن فهو بما فيه » معناه : على ما قالوا إذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك . وإجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على أن الرهن مضمون مع اختلافهم في كفيته ، والقول بالأمانة خرق له ، والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام « لا يعلق الرهن » على ما قالوا الاحتباس الكلي والتكهن بأن يصير مملوكا له . كذا ذكر الكرخي عن السلف

قد ثبت أن القبض منصوب عليه وقد تقدم في الهبة أن المنصوص معني بشأنه وذلك يقتضي الكامل : والكامل في القبض هو أن يكون الرهن محوزا مفرغا متميزا فيجب ذلك انتهى . أقول : لقائل أن يقول : هذا البسط والتقرير يقتضي أن لا يثبت القبض بالتخلية في باب الرهن ، بل يجب أن يضع المرتهن يده حقيقة على المرهون : إذ لا شك أن الكامل في القبض هو الثاني ، وهذا

لما ذكرنا أن لزوم أو الجواز بالقبض ، إذ المقصود وهو الاستيفاء لا يحصل قبله : أي قبل القبض . فإذا قبضه المرتهن دخل في ضمانه . وقال الشافعي : هو أمانة في يده لا يسقط بهلاكه شيء من الدين لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يعلق الرهن » قالها أي هذه الألفاظ ثلاثا « لصاحبه غنمه » : أي زوائده « وعليه غرمه » أي هلاكه . قال : ومعناه لا يصير : أي الرهن مضمونا بالدين . ولأن الرهن وثيقة بالدين ليزداد به الصيانة ، فلو سقط الدين بهلاكه عاد على موضوعه بالنقص . ولنا قوله صلى الله عليه وسلم للمرتهن بعد مانفق فرس الرهن عنده « ذهب حقتك » وحقه الدين فيكون ذاهبا . لا يقال : المراد به ذهب حقتك من الإمساك أو من المطالبة برهن آخر ، لأن الأول مشاهد فلا فائدة في الإخبار عنه ، والثاني ليس بحق له ولأنه ذكر الحق في أول الحديث منكرا « أن رجلا رهن فرسا عند رجل بحق له عليه فنفق الفرس عند المرتهن فاخصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال للمرتهن : ذهب حقتك » فذكر الحق منكرا : ثم أعاده معرفا . وفي ذلك يكون الثاني عين الأول . كذا في النهاية . وفيه نظر : لأن أحدهما كلام الراوي والآخر كلام النبي عليه الصلاة والسلام . ومثل ذلك ليس من القاعدة المذكورة . إلا إذا علم أن المنكر كان واقعا من المرتهن في حضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعلم ذلك ، وقوله عليه الصلاة والسلام « إذا غمى الرهن فهو بما فيه » معناه على ما قالوا : إذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك : يعني إذا قال الراهن لا أدري كم كان قيمته والمرتهن كذلك قال : يكون الرهن بما فيه ، حكى هذا التأويل عن أبي جعفر . وقوله (مع اختلافهم في كفيته) يعني أنهم اتفقوا على أن الرهن مضمون لكنهم اختلفوا في كفيته . وروى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه مضمون بالقيمة . وروى عن ابن عمر وابن مسعود أنهما قالوا : الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين ، وهكذا روى عن علي رضي الله عنه في بعض الروايات . وروى عن ابن عباس أنه مضمون بالدين . واختلافهم على هذا الوجه لإجماع منهم على أنه مضمون . فالقول بكونه أمانة خرق للإجماع ، والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام « لا يعلق الرهن » على ما قالوا : الاحتباس الكلي : أي يصير مملوكا له ، كذا ذكره الكرخي عن السلف كطاوس وإبراهيم وغيرهما . وقال مالك رحمه الله : وتفسير ذلك فيما يرى أن يرهن الرجل الرهن بالشيء وفي الرهن فضل عما رهن به ، فيقول الراهن للمرتهن إن جئتك بحقتك إلى أجل يسميه له وإلا فالرهن لك بما فيه ، فهذا لا يصح ولا يحل ، وهذا الذي ينهى عنه فإن جاء صاحبك بما فيه بعد الأجل فهو له . وقوله له غنمه وعليه غرمه قال الطحاوي في شرح الآثار : ذهبوا في تفسير قول سعيد بن المسيب : يعني أن أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمدا إلى أن ذلك في البيع إذا بيع الرهن بثمن

ولأن الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس : لأن الرهن ينبت عن الحبس الدائم ، قال الله تعالى - كل نفس بما كسبت رهينة - وقال قائلهم :

وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأسمى الرهن قد غلقا

والأحكام الشرعية تنعطف على الألفاظ على وفق الأنباء . ولأن الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو أن تكون موصلة إليه وذلك ثابت له بملك اليد والحبس ليقع الأمن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن ، وليكون

خلاف ما تقرر في ظاهر الرواية وبخلاف ما هو المختار في عامة المعتمرات (قوله لأن الرهن ينبت عن الحبس الدائم قال الله تعالى - كل نفس بما كسبت رهينة - وقال قائلهم :

وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأسمى الرهن قد غلقا)

قال في العناية : قيل الدوام إنما فهم من قوله لا فكاك له لا من لفظ الرهن . وأجيب بأنه لما دام وتأبد بنى انفكاك دل أنه ينبت عن الدوام ، إذ لو لم يكن موجبا لذلك لما دام بنى ما يعترضه : بل كان الدوام يثبت بإثبات ما يوجب . فثبت أن اللغة تدل على إنشاء الرهن عن الحبس الدائم انتهى . أقول : السؤال والجواب في الأصل لتاج الشريعة . لكن الجواب ليس بتمام عندي لأن قوله إذ لو لم يكن موجبا لذلك لما دام بنى ما يعترضه ممنوع فإن ما يعترضه إذا كان مناقضا لدوامه يلزم من نفي ذلك دوامه سواء كان ما يوجب دوامه نفسه أو أمرا خارجا عنه وإلا يلزم ارتفاع التقيضين معا . وما نحن فيه كذلك ، إذ لاشك أن فكاك الرهن ينافي ويناقض دوامه فيازم من نفيه تحقق دوامه وإن كان دوامه مما لم يوجب نفسه بل كان بسبب خارج ، فلم يثبت

فيه نقص عن الدين غرم الراهن ذلك النقص ، وإن بيع بفضل عن الدين أخذ الراهن ذلك الفضل . وقوله (لأن الثابت للمرتهن يد الاستيفاء) دليل معقول على المطلوب . وتقريره : الثابت للمرتهن يد الاستيفاء . ويد الاستيفاء هو ملك اليد والحبس ، لأن الرهن لغة ينبت عن الحبس الدائم ، قال الله تعالى - كل نفس بما كسبت رهينة - أي محبوسة بوبال ما اكتسبت من المعاصي . وقال زهير :

وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأسمى الرهن قد غلقا

أى ارتهنت المحبوبة قلبه يوم الوداع واحتبس قلبه عندها على وجه لا يمكن فكاكه ، وليس فيه ضمان ولا هلاك كما ترى يدل على الحبس الدائم . قيل الدوام إنما فهم من قوله لا فكاك له لا من لفظ الرهن . وأجيب بأنه لما دام وتأبد بنى الفكاك دل أنه عن الدوام ، إذ لو لم يكن موجبا لذلك لما دام بنى ما يعترضه بل كان الدوام يثبت بإثبات ما يوجب ، فثبت أن اللغة تدل على إنشاء الرهن عن الحبس الدائم ، والأحكام الشرعية تنعطف على الألفاظ على وفق الأنباء فيكون لفظ الرهن في العقد الشرعى منبثا عن الحبس الدائم لأنه المفهوم ولا مقتضى للعدول عنه ، ولتكن هذه القضية عندك ، ولأن الرهن وثيقة بجانب الاستيفاء ، ومعناه : أن يكون الرهن موصلا إليه : أى إلى الاستيفاء ، وذلك : أى كونه موصلا إليه ثابت بملك اليد والحبس ليقع الأمن عن جحود الرهن مخافة جحود المرتهن الرهن . ومعناه : أن الحبس يفضى إلى أداء الحق لأن الراهن يخشى إن جحد الدين أن يجحد المرتهن الرهن ، لأن قيمة الرهن قد تكون أكثر من الدين وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيحتاج إلى إيفاء الأقل لتخليص الأكثر أو لضجره عن المطالبة ، وهذه أيضا قضية تدل على اليد والحبس فتضم إليهما . قوله (وإذا كان كذلك)

(قوله بل كان الدوام يثبت بإثبات ما يوجب) أقول : لا يخفى أن الرهن يدوم بإدامة الراهن ، وإذا فك يزول الدوام ، ومعنى الانفكاك له إيقاؤه على الرهنية والاحتباس فلا يثبت دلالة لفظ الرهن وإنباؤه عما ذكره من الحبس الدائم من البيت فاي تأمل (قوله لأن قيمة الرهن قد يكون الخ) أقول : ليس هذا عمل كامة التقليل ، والأظهر أن يقول : يكون أكثر من الدين في الأكثر ، إلا أن يحمل على التحقيق

عاجزا عن الانتفاع به فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجيره . وإذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك . فلو استوفاه ثانياً يؤدي إلى الربا . بخلاف حالة القيام لأنه ينتقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر . ولا وجه إلى استيفاء الباقي بدونه لأنه لا يتصور . والاستيفاء يقع بالمالية . أما العين فأمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته . وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء إذا اشتراه المرتهن لأن العين أمانة فلا تنوب عن قبض ضمان . وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق

في البيت المزبور إنشاء لفظ الرهن نفسه عن الحبس الدائم . بل جاز أن يكون انقضاء ذلك من نفي فكأنه تدبر تفهم (قوله وإذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانياً يؤدي إلى الربا) يعني إذا ثبت أن الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجه ، لأن الاستيفاء إنما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه ، وتقرر بالهلاك لانقضاء احتمال النقص . فلو لم يسقط الدين واستوفاه ثانياً أدى إلى تكرار الأداء بالنسبة إلى اليد وهو ربا ، كذا في العناية وغيرها . أقول : لقاتل أن يقول : نعم لو استوفاه ثانياً أدى إلى الربا ولكن إذا لم يستوفه ثانياً أصلاً يؤدي إلى ضياع بعض حقه وهو استيفاء الرقبة والتأدي إلى ضياع حق المسلم محذور شرعي أيضاً فما الوجه في ترجيح اختيار هذا المحذور على اختيار محذور الربا فتأمل في الدفع

أى إذا ثبت أن الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجه ، لأن الاستيفاء إنما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه ، وتقرر بالهلاك لانقضاء احتمال النقص ، فلو لم يسقط الدين واستوفاه ثانياً أدى إلى تكرار الأداء بالنسبة إلى اليد وهو ربا ، بخلاف ما إذا كان الرهن قائماً لأنه ينتقض هذا الاستيفاء : أى للدين بالحبس بالرد على الراهن فلا يتكرر الأداء . فإن قيل : فاجعل الهلاك كالرد في نقض الاستيفاء فإن الهلاك لم يتعين لتقرير الاستيفاء ، ألا ترى أن المبيع إذا هلك قبل التسليم فإنه لا يقرر استيفاء الثمن بل ينتقض الاستيفاء به . أجب بأن النقص إنما يتحقق فيما أمكن رد العين إلى المالك كالثمن فيما ذكرتم ، ولا يمكن ذلك في هلاك الرهن . فإن قيل : فليستوف المرتهن الدين على وجه لا يؤدي إلى الربا وهو أن يستوفى رقبته لا يدا . أجب بقوله ولا وجه إلى استيفاء الباقي وهو ملك الرقبة بدون ما استوفاه من اليد لأنه غير متصور . وقوله (والاستيفاء يقع بالمالية) جواب عما يقال لو كان بالرهن استيفاء لكان إما لعين الدين أو لبدله ، لا سبيل إلى الأول لأن الرهن ليس من جنس الدين ، واستيفاء الدين لا يكون إلا من جنسه ، ولا إلى الثاني لأن الرهن يبدل الصراف والمسلم فيه جائز والاستبدال بهما غير جائز . ووجه الجواب أننا نختار الأول . وقوله ليس من جنس الدين . قلنا : ليس من جنسه من حيث الصورة أو المالية ، والأول مسلم ، وليس الاستيفاء من حيث الصورة بل هو من حيث الصورة أمانة ، حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته ، وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء إن اشتراه المرتهن لما تقدم في الهبة أن قبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان بخلاف العكس ، والثاني ممنوع فإنه من جنس الدين مالية والاستيفاء يقع بها . وقوله (وموجب العقد) جواب عما قال الشافعي رحمه الله : الرهن وثيقة بالدين وبعد الوثيقة يزاد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد . ووجهه أن موجب العقد ثبوت يد الاستيفاء كما ذكرنا ، وذلك يحقق الصيانة لاحالة ، وفراغ ذمة الراهن من ضروراته كما في الحوالة فإنها توجب الدين في ذمة المحال عليه لصيانة حق الطالب ، وإن كان فراغ ذمة المحيل من ضروراته فلا ينعدم به مقتضى العقد لأن الاعتبار بالموضوعات الأصلية لا بالوإزام الضمنية . ونوقض بنقض إجمالي وهو أن المستأجر بعد الفسخ محبوس عند المستأجر بالأجرة المعجلة بمنزلة المرهون ، حتى إذا مات الآجر كان المستأجر أحق به من سائر الغرماء ثم إذا هلك لم يكن مضموناً .

يجعل الزاد معدوماً في الحكم (قوله لأنه ينتقض هذا الاستيفاء : أى للدين بالحبس بالرد على الراهن) أقول : قوله بالرد متعلق بقوله ينتقض (قوله فإن الهلاك لم يتعين لتقرير الاستيفاء) أقول : الهلاك فيما نحن فيه هو ما يستوفى منه ، وفي التنوير ليس ذلك فكيف يتصور به ، ولك أن تقول : ما ل جوابه أيضاً فليتأمل (قوله واستيفاء الدين لا يكون إلا من جنسه) أقول : يعني واستيفاء عين الدين (قوله لما تقدم في الهبة)

الصيانة وإن كان فراغ الأذمة من ضروراته كما في الحوالة . فالحاصل أن عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتسبا بدينه بإثبات يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع : فيخرج على هذين الأصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددناها في كفاية المنتهى جملة : منها أن الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع ، لأنه يقوت موجبه وهو الاحتباس على الدوام ، وعنده لا يمنع منه لأنه لا ينافي موجبه وهو تعيينه للبيع وسيأتيك البواق في أثناء المسائل إن شاء الله تعالى . قال (ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون) لأن حكمه ثبوت يد الاستيفاء ، والاستيفاء يتلو الوجوب . قال رضى الله عنه : ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها ، فإنه يصح الرهن بها ولادين . ويمكن أن يقال : إن الواجب الأصلي فيها هو القيمة ورد

(قوله ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها فإنه يصح الرهن بها ولادين) يعنى يرد على هذا اللفظ : أى على لفظ القدورى وهو قوله ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها : أى الإشكال بصحة الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها ، وهى ما يجب مثله عند هلاكه إن كان مثليا ، وقيمه إن كان قيميا ، كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء ونحوهما فإنه يصح الرهن بتلك الأعيان ولادين فيها . وأجاب المصنف عن هذا الإشكال بقوله : ويمكن أن يقال إلى آخره : كذا قاله الشراح قاطبة ، غير أن صاحب غاية البيان بعد أن وافق سائر الشراح في شرح هذا المحل على الوجه المذكور قال : قلت لا يرد على القدورى الاعتراض رأسا لأنه لا يبنى صحة الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها بل صرح بصحته في شرحه لمختصر الكرخي ، وإنما اقتصر هاهنا على الدين لأن الغالب في الرهن أن يكون بالدين ، واكتفى به هاهنا اعتمادا على ما ذكره في موضع آخر ، إلى هنا لفظه . أقول : لا ينبغي لمن له أدنى تمييز فضلا عن مثل ذلك الشارح أن يقول : إن القدورى لم ينف في مختصره صحة الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها بعد أن رأى ما في لفظه وهو قوله ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون من أداة قصر الصحة على الرهن بالدين وهى النفي والاستثناء ، وإنما يصح ما قاله الشراح المزبور أن أو كان لفظ القدورى في مختصره ويصح الرهن بالدين ، ولما كان لفظه فيه ولا يصح الرهن إلا بالدين لم يبق له مجال . وقوله بل صرح بصحته في شرحه لمختصر الكرخي لا يجدى شيئا في دفع الإشكال الوارد على لفظه في مختصره ، وقد تداركه المصنف بقوله ويدخل على هذا اللفظ . وأما حمل القصر الواقع في هذا المختصر على القصر الادعائي فبمعزل عن مساعدة هذا الفن إياه : فإن مجرد تخصيص الشيء بالذكر

وأجيب بأن يد المستأجر بعد فسخها ليست بيد استيفاء . لأن يد الاستيفاء هى التى كانت له قبل الفسخ ، وإنما قبض العين المستأجرة لاستيفاء المنفعة للاستيفاء الأجرة من المالية فلذلك لم يصير مستوفيا بالهلاك في يده . وأما اختصاصه به دون الغرماء فلا أنه كان مخصوصا به قبل الفسخ لاستيفاء المنفعة وبعد الفسخ يبقى الاختصاص في حق استرداد الأجرة . وقوله (فالحاصل الخ) واضح . قال (ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون الخ) قيل ذكر مضمون للتأكيد لأن كل دين مضمون ، وقيل هو احتراز عن دين سيجب كما لو رهن بالدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع ، لأن حكمه : أى حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء كما تقدم والاستيفاء يتلو الوجوب ، وأما صحته بالدين الموعود فسيجىء الكلام فيه . وقوله (ويدخل به أى يشكل على هذا اللفظ أى الذى يدل على الحصر صحة جواز الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء . وقيل قوله بأنفسها احتراز عن غيرها . والحاصل أن الرهن إما أن يكون بالدين أو بالعين ، والأول صحيح بكل حال ، والثاني إما أن يكون بعين مضمون أو لا ، والثاني غير صحيح كما في الودائع والحواري والمضاربات والشركات ، والأول إما أن تكون بنفسها وهو ما يجب عند هلاكه المثل إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيميا . أو يكون مضمونا بغيرها وهو المضمون بغير المثل أو القيمة كالمبيع في يد البائع فإنه مضمون بالثمن . وإذا ظهر ذلك فقوله ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون يشكل عليه الأعيان المضمونة بنفسها ، فإن الرهن بها صحيح ولا دين ثمة . وأجاب المصنف بقوله : ويمكن أن يقال على ما اختاره بعض المشايخ أن الموجب

العين مخلص على ما عليه أكثر المشايخ وهو دين ولهذا تصح الكفالة بها ، ولئن كان لا يجب إلا بعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض السابق ، ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة ، ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه ، بخلاف الوديعة ، قال (وهو مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين ، فإذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه ، وإن كانت

في الروايات الواقعة في هذا الفن يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به ، فها ظنك بدلالة أداة القصر على ذلك (قوله ولهذا تصح الكفالة بها) قال في العناية : وأعرض بأن صحة الكفالة بها لا تستلزم صحة الرهن ، فإنها تصح بدين سيوجب كما لو قال ماذاب لك على فلان فعلى دون الرهن . وأجيب بأن قوله ماذاب لك إضافة للكفالة لا كفالة . ويصح أن يقال : قولك دون الرهن تريد به دينا ما انعقد سبب وجوبه أودينا انعقد ذلك ، فإن كان الأول فليس كلامنا فيه ، وإن كان الثاني فهو ممنوع فإنه عين مانحن فيه انتهى . أقول : الاعتراض والجواب لتاج الشريعة ، ولهما وجه صحة . وأما قوله ويصح أن يقال إلى آخره فمن عند صاحب العناية نفسه يزيد به الجواب عن الاعتراض المذكور بوجه آخر ، وليس له وجه صحة إذ المراد هو الأول قوله فليس كلامنا فيه ليس بشيء ، لأن عدم كون كلامنا فيه لا يضر بغرض السائل بل بعينه ، فإن مقصوده القدر في قول المصنف ولهذا تصح الكفالة بها بأن صحة الكفالة لا تدل على صحة الرهن ، لأن الكفالة تصح بدين سيوجب ولم ينعقد سبب وجوبه . ولا يصح الرهن بذلك بلا خلاف فيجوز أن تصح الكفالة بالعين المضمون بنفسه أيضا الذي كلامنا فيه ، ولا يصح الرهن به فلم يتم الاستدلال بصحة الكفالة به على صحة الرهن به . ولا يخفى أن عدم كون كلامنا في الدين الذي لم ينعقد سبب وجوبه لا يدفع الاعتراض بهذا الوجه . وإنما يدفعه ما أشار إليه تاج الشريعة من منع صحة الكفالة بدين سيوجب ولم ينعقد سبب وجوبه ، وإنما قوله ماذاب لك على فلان فعلى إضافة الكفالة إلى ذلك الدين لا عقد كفالة به منجزة . ومراد المصنف بالكفالة في قوله ولهذا تصح الكفالة به هي الكفالة المنجزة فتم الاستدلال (قوله ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض) أقول : هذا التنوير لا يتم إلا على قول أبي يوسف ، فإن المعتبر عند أبي حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند محمد قيمته يوم الانقطاع كما مر تفصيله في صدر كتاب الغصب ، مع أن صحة الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها على قول أئمتنا جميعا فلا يتم التقريب إلا على قول أبي يوسف . وليت شعري لم لم يتعرض لهذا أحد من الشراح (قوله وهو مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين) قال بعض الشراح : وقع في بعض

الأصل فيها هو القيمة ، ورد العين مخلص والقيمة دين (ولهذا تصح الكفالة بها) أي بالعين المضمون بنفسه . وقوله (ولئن كان لا يجب القيمة إلا بعد هلاك العين لكن عند الهلاك يجب بالقبض السابق ، ولهذا يعتبر قيمته يوم قبض الغاصب المغصوب من المالك فيكون رهنا بعد وجود سببه) جواب عما اختاره بعض آخر من المشايخ . وتقريره أن سبب وجوبه قد انعقد فكان كالموجود فصح الرهن كما صحت الكفالة . وأعرض بأن صحة الكفالة لا تستلزم صحة الرهن ، فإنها تصح بدين سيوجب كما لو قال ما ذاب لك على فلان فعلى دون الرهن . وأجيب بأن قوله ماذاب لك إضافة للكفالة لا كفالة ، ويصح أن يقال قولك دون الرهن يريد به دينا ما انعقد سبب وجوبه أو دينا انعقد ذلك ، فإن كان الأول فليس كلامنا فيه ، وإن كان الثاني فهو ممنوع فإنه عين مانحن فيه . وقوله (ولهذا) يجوز أن يكون توضيحا على كل من التخييجين . أما على الأول فتقريره ولكون الموجب الأصلي فيها القيمة لا تبطل الحوالة المقيدة بالعين المضمون بنفسه بهلاكه ، فلو أحال على الغاصب فهلك المغصوب لم تبطل الحوالة لأن الموجب الأصلي لما كان القيمة كان هلاك العين كلاهالك لقيام القيمة في ذمته ، ورد العين كان مخلصا ولم يحصل . وأما على الثاني فتقريره ولكون سبب وجوب القيمة قد انعقد جعلت كالموجود فهلاك العين لا تبطل الحوالة ، بخلاف الوديعة فإن الحوالة عليها لا تبطل بهلاكها لأنه لا وجوب هناك للقيمة ولا سبب للوجوب . قال (وهو مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين الخ)

أقول : وفي أواخر الصلاح أيضا (قوله وإن كان الثاني فهو ممنوع) أقول : فيه بحث ، فإن الكفالة بالأول صحيحة دون الرهن .

قيمة الرهن أكثر فالفضل أمانة في يده) لأن المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين (وإن كانت أقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتن بالفضل) لأن الاستيفاء بقدر المأبلة . وقال زفر : الرهن مضمون بالقيمة ، حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم الرهن ألف وخمسمائة والدين ألف رجع الراهن على المرتن بخمسمائة . له حديث على رضي الله عنه قال : «يراد أن الفضل في الرهن » ولأن الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين . وهذا مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم ، ولأن يد المرتن يد الاستيفاء فلا توجب الضمان إلا بالقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء ، والزيادة مرهونة به ضرورة امتناع حبس الأصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان . والمراد بالترادف فيما يروى حالة البيع ، فإنه روى عنه أنه قال : المرتن أمين في الفضل . قال (وللمرتن أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به) لأن حقه باق بعد الرهن والرهن

نسخ القدوري بأقل من قيمته ومن الدين ، وليس بصحيح لأن معنى المرف واحد منهما ومعنى المنكر ثالث ، واعتبر هذا بقول الرجل مررت بأعلم من زيد وعمر و يكون الأعلم غيرهما ، ولو قال مررت بالأعلم من زيد وعمر و يكون الأعلم واحد منهما ، والمراد هاهنا واحد من القيمة والدين وهو أقلهما لا أمر ثالث . ثم إن تاج الشريعة من الشراح بين وجه اختلاف المعنى بين المرف والمنكر حيث قال : والمعنى فيه أن كلمة «من» في قوله الأقل منهما للتبعض والأقل يصلح بعضا ، إذ الأقل مع منهما معرفتان ، بخلاف أقل منهما لأن أقل نكرة وهما معرفة والمعرفة لا تتناول النكرة انتهى كلامه . أقول : ليس هذا بسديد ، إذ لا نسلم أن المعرفة لا تتناول النكرة تتناول الكل للجزء كما هو مقتضى من التبعية ، نعم إن المعرفة والنكرة لا يتحدان لأن مدلول المعرفة شيء بعينه ومدلول النكرة شيء لا بعينه ، وهما متضادان فلا يتحدان . وأما كون المبهم بعضا من المعين فلا استحالة فيه ، بل هو أمر شائع مستعمل ، ألا ترى إلى قولنا واحد منهما أو جزء منهما أو بعض منهما يكون كذا فإنه صحيح بلا ريب وشائع مستعمل ، مع أن كلمة واحد وجزء وبعض نكرة ، وكلمة هما في منهما معرفة ومن للتبعض ، على أن الوجه المذكور للفرق بين أن يكون اسم التفضيل معرفا وبين أن يكون منكرا إنما يتمشى فيما إذا كان مدخول كلمة «من» معرفة ولا يتمشى فيما إذا كان مدخولها نكرة ، إذ لا يلزم إذ ذاك تناول المعرفة للنكرة مثلا لو كانت العبارة فيما نحن فيه أقل من قيمة ودين لزم أن لا يكون فرق في المعنى بين

الرهن مضمون بالأقل أي بما هو الأقل من قيمته يوم القبض ومن الدين . ووقع في بعض نسخ القدوري : بأقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لأن معنى المرف واحد منهما ومعنى المنكر ثالث ، وكلامه واضح . وقوله (يراد أن الفضل) يعني أن الترادف إنما يكون من الجانبين . وقوله (كما في حقيقة الاستيفاء) مثل ما إذا أوفاه ألقى درهم في كيس وحقه في ألف فإنه يصير ضامنا قدر الدين ، والزيادة على قدر الدين أمانة فكذا هذا . وقوله (ضرورة امتناع حبس الأصل بدونها) لأنها لو لم تجعل الزيادة مرهونة أدت إلى الشروع أو لعدم انفكاكها عنه . وقوله (ولا ضرورة في حق الضمان) لأن بقاء الرهن مع عدم الضمان ممكن بأن استعار الراهن الرهن من المرتن ، فإن الرهن باق ولا ضمان على المرتن كما سيجيء . وقوله (والمراد بالترادف فيما روى حالة البيع) يعني توفيقا بين حديثي على رضي الله عنه ، فإنه روى عنه «المرتن أمين في الفضل» فيجب حمل الأول على حالة البيع ؛ يعني إذا باع المرتن الرهن بإذن الراهن يرد ما زاد على الدين من ثمنه إلى الراهن ، ولو كان الدين زائدا يرد الراهن زيادة الدين

فتوجه السؤال إلا أن يخص الكفالة المقيس أيضا عليها بما انعقد سبب وجوبه (قوله ووقع في بعض نسخ القدوري بأقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لأن معنى المرف واحد منهما ، ومعنى المنكر ثالث) أقول : إذ تكون من حينئذ تفضيلية لوجوب استعمال الأفعال بأحد الأشياء الثلاثة ، وتكون في المرف للبيان لعدم جواز الجمع بين من وحرف التعريف وموضعه كتب النحو ، وفيه بحث إذ قد يحذف من من اللفظ ، وهاهنا أيضا كذلك ، والقرينة على الحذف شهرة المذهب ، فن الملفوظة للبيان كما فصله صدر الشريعة في شرح الوقاية ولمكان حرف التعريف هنا (قوله) يعني أن الترادف إنما يكون من الجانبين) أقول : فيرجع كل منهما على صاحبه بالفضل عند الهلاك (قوله أو لعدم انفكاكها عنه)

لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة ، والحبس جزاء الظلم ، فإذا ظهر مطله عند القاضى نجسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم (وإذا طلب المرتهن دينه يؤمر بإحضار الرهن) لأن قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز أن يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لأنه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الحلاك فى يد المرتهن وهو محتمل (وإذا أحضر أمر الراهن بتسليم الدين إليه أولاً) ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقاً للتسوية كما فى تسليم المبيع والثمن يخضع المبيع ثم يسلم الثمن أولاً (وإن طالبه بالدين فى غير البلد الذى وقع العقد فيه . إن كان الرهن مما لا حمل له ولا مئونة . فكذلك الجواب) لأن الأماكن كلها فى حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومئونة : ولهذا لا يشترط بيان مكان الإيفاء فيه فى باب السلم بالإجماع (وإن كان له حمل ومئونة يستوفى دينه ولا يكلف إحضار الرهن) لأن هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان إلى مكان لأنه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه (ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه ينقد أو نسيئة جاز) لإطلاق الأمر (فأمر طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن إحضار الرهن) لأنه لا قدرة له على الإحضار (وكذا إذا أمر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن) لأنه صار ديناً بالمبيع بأمر الراهن : فصار كأن الراهن رهنه وهو دين (ولو قبضه يكاف إحضاره لقيام البديل مقام المبدل ، لأن الذى يتولى قبض الثمن هو المرتهن لأنه هو العاقد فترجع الحقوق إليه .

تعريف الأقل وتنكيره وليس كذلك قطعاً . وذكر بعض الفضلاء وجهاً آخر للفرق بين المعرفة والمنكر حيث قال : إذ تكون من فى المنكر تفضيلية لوجوب استعمال الأفعال بأحد الأشياء الثلاثة . وتكون فى المعرفة للبيان لعدم جواز الجمع بين من وحرف التعريف وموضعه كتب النحو . ثم قال : وفيه بحث . إذ قد تحذف « من » من اللفظ وهاهنا أيضاً كذلك ، والقرينة على الحذف شهرة المذهب انتهى . أقول : الحق فى الفرق ما قاله ذلك البعض وبجته ساقط ، إذ قد تقرر فى علم النحو أنه لا يجوز استعمال اسم التفضيل بدون أحد الأشياء الثلاثة ، إلا أن يعلم المفضل عليه ويتعين كما فى قوله تعالى - يعلم السر وأخفى - وقوله تعالى - ولذكر الله أكبر - وفيما نحن فيه لا يتعين المفضل عليه ولا يعلم على تقدير أن ينكر اسم التفضيل ، ولم يجعل كلمة من تفضيلية وادعاء كونه معلوماً بقرينة شهرة المذهب غير مسموع ، لأنه الآن بصدد بيان المذهب فى هذه المسئلة ولم يبين من قبل فى موضع آخر فن أين حصلت الشهرة ، كيف ولو تحققت الشهرة فى مسئلتنا هذه بحيث جاز بها ترك ما لا بد منه فى استعمال صيغة التفضيل لاستغنى عن ذكرها وبيانها هاهنا بالكلية (قوله لأنه صار ديناً بالمبيع بأمر الراهن فصار كأن الراهن رهنه وهو دين) قال بعض

وقوله (كما بيناه على التفصيل فيما تقدم) يعنى فى فصل الحبس من أدب القاضى . وقوله (وإذا طلب المرتهن دينه) واضح . وقوله (تحقيقاً للتسوية) قيل لأن الرهن وإن كان لاستيفاء الدين بحكم الوضع لكن فيه شبهة المبادلة ، فن حيث أنه استيفاء لحقه قلنا بأن قبض الدين لا يتوقف على إحضار الرهن فلم يجب على المرتهن تسليمه ، وباعتبار شبهة المبادلة يتوقف قبض الدين على إحضار الرهن عند وجوب تسليمه . وقوله (لأنه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه) يعنى المرتهن ، ولم يعتبر هناك احتمال تكرار الاستيفاء على اعتبار الحلاك لأنه موهوم ، فلا يظهر فى مقابلة ضرر متيقن وهو تأخر حق المرتهن ، بخلاف الفصل الأول . وقوله (لإطلاق الأمر) يشير إلى أنه لو قيده بالتقد لا يصح بيعه نسيئة . وقوله (لأنه لا قدرة له على الإحضار) لأن الرهن يبيع بأمر الراهن فلم يبق له قدرة على إحضاره . وقوله (وكذا إذا أمر المرتهن) يعنى لا يكلف إحضار الرهن ، لأنه : أى الرهن صار ديناً بالمبيع بأمر الراهن ، فصار كأن الراهن رهنه وهو دين ، لأنه لما باعه بإذنه صار كأنهما تفاحاً الرهن وصار الثمن رهنًا براضيهما ابتداءً لا بطريق انتقال حكم الرهن إلى الثمن ، ألا ترى أنه لو باع الرهن بأقل من الدين لم يسقط من دين المرتهن شئ فصار كأنه رهنه ولم يسلم إليه بل وضعه على يد عدل . وقوله (إلا أن الذى يتولى قبض الثمن هو المرتهن) استثناء من قوله فصار كأن الراهن رهنه وهو دين جواب عما يقال لو كان الأمر كذلك لما كان للمرتهن أن يقبض الثمن من المشتري

أقول : معطوف على قوله لأننا لو لم نجعل الزيادة (قال المصنف : فصار كأن الراهن رهنه وهو دين) أقول : فيه بحث ، فإن المقيس عليه

وكما يكلف إحضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك، ثم إذا قبض الثمن يؤمر بإحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين . وهذا بخلاف ما إذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضى به بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة ، لأن القيمة خلف عن الرهن فلا بد من إحضار كلها كما لا بد من إحضار كل عين الرهن وما صارت قيمة بفعله . وفيما تقدم صار ديننا بفعل الراهن فلهذا افرقا (ولو وضع الرهن على يد العدل وأمر أن يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف إحضار الرهن) لأنه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته (ولو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول أو دعني فلان ولا أدري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين) لأن إحضار الرهن ليس على المرتهن لأنه لم يقبض شيئا (وكذلك إذا غاب العدل

الفضلاء : فيه بحث . فإن المقيس عليه وهو رهن الدين غير صحيح فكيف يثبت الحكم في الفرع قياسا عليه انتهى . أقول : لا يخفى على الفطن أن مراد المصنف بتعليقه المذكور ليس إثبات الحكم فيما نحن فيه بطريق القياس على رهن الدين حتى يتوجه البحث المذكور ، بل مراده به بيان أن حكم الرهن يبقى في الدين الذي صار خلفا عن العين المبيع بأمر الراهن ، لأن الأصل كان صالحا لأن يكون رهنا فكذا خلفه تبعا . وإن لم يصلح الدين للرهنية أصالة فكف من شيء ثبت ضمنا وتبعا ولا يثبت أصالة وقصدا ، فقولُه فصار كأن الراهن رهنه وهو دين إشارة إلى معنى الخلفية لا إلى القياس . وهذا مع ظهوره لكل متأمل متقن قد صرح به أكثر الشراح حيث قالوا : فإن قيل : لو رهن الدائن ابتداء لا يصح لأنه لا يكون محلا للرهن . قلنا : نعم ، ولكن يبقى حكم الرهن

كما لو كان الرهن في يد عدل لكن له ذلك . ووجه ما ذكر أن ولاية القبض باعتبار كونه عاقدا والحقوق ترجع إليه . وقوله (وكما يكلف إحضار الرهن لاستيفاء الكل يكلف لاستيفاء نجم) قيل إذا ادعى الراهن هلاك الرهن ، وأما إذا لم يدع فلا حاجة إلى ذلك ، وإليه أشار بقوله لاحتمال الهلاك . وقوله (ثم إذا قبض الثمن) يعني إذا باع الرهن وقبض الثمن ، فإذا قبضه وجب إحضاره لاستيفاء نجم لقيامه مقام العين . وقوله (وهذا بخلاف ما إذا قتل) إشارة إلى قوله وكذا إذا أمر المرتهن ببيعه إلى آخره . فإنه لا يجبر المرتهن على الإحضار . بل يجبر الراهن على الأداء بدون إحضار شيء بخلاف ما إذا قتل رجل عبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين . فإن الراهن لا يجبر على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة ، لأن القيمة خلف عن العين فلا بد من إحضار كلها كما لا بد من إحضار كل عين الرهن . فإن قيل : لم لا تكون القيمة هاهنا كالثمن ثمه وهي ليست في يد المرتهن فيجبر الراهن على القضاء كما كان ثمه . أجاب بقوله وما صارت قيمة بفعله حتى تنتقل إليها الرهنية فصار كالرهن في يد عدل . بخلاف ما تقدم فإن الرهن صار ديننا بفعله فكأنهما تفاخرا ، وجعل الثمن رهنا ابتداء كما مر فافترقا . وفي النهاية جعل قوله وهذا إشارة إلى قوله يكلف لاستيفاء نجم قد حل . ووجهه هكذا : أي في مسألة القتل لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة . وفيما نحن فيه بخلافه حيث يكلف المرتهن بإحضار الرهن عند كل نجم يؤديه الراهن من الدين وهو كما ترى متعسف .

وهو رهن الدين غير صحيح ، فكيف يثبت الحكم في الفرع قياسا عليه فليتأمل (قال المصنف : لاستيفاء الدين) أقول : يعنى المنجم لئلا يلزم التكرار (قوله وقوله وهذا بخلاف ما إذا قتل ، إشارة إلى قوله وكذا) أقول : ولعل الأول أن يجعل إشارة إلى بيع العدل أو المرتهن الرهن بأمر الراهن . قال العلامة الكاكي إشارة إلى قوله يكلف لاستيفاء نجم قد حل ، بخلاف مسألة القتل حيث لا يكلف المرتهن بإحضار الرهن عند كل نجم يؤديه انتهى . هكذا رأيت في شرح الكاكي ، ففيه بحث ظاهر حيث لا يطابق المشروح (قوله أجاب بقوله وما صارت قيمة بفعله حتى تنتقل إليها الرهنية) أقول : لا يقال : الأصوب أن يقال حتى يجعل رهنا مكانه ، فإنه لم يكن رهنية الثمن في المسئلة المتقدمة بطريق الانتقال كما حققه ، لأن بين الثمن والقيمة فرقا ، ولا يلزم من عدم الانتقال في الأول عدم الانتقال في الثاني (قوله وجعل الثمن رهنا) أقول : الظاهر أن يقال وجعل (قوله وفي النهاية جعل قوله وهذا إشارة إلى قوله يكلف لاستيفاء نجم ، إلى قوله : وهو كما ترى متعسف)

بالرهن ولا يدري أين هو) لما قلنا (ولو أن الذي أودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالى لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهنا) لأنه لما جحد الرهن فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين ولا يملك المطالبة به . قال (وإن كان الرهن فى يده ليس عليه أن يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين) لأن حكمه الحبس الدائم إلى أن يقضى الدين على ما بيناه (ولو قضاها البعض فله أن يحبس كل الرهن حتى يستوفى البقية) اعتبارا بحبس المبيع (فإذا قضاها الدين قيل له سلم الرهن إليه) لأنه زال المانع من التسليم لو صول الحق إلى مستحقه (فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاها) لأنه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق ، فكان الثانى استيفاء بعد استيفاء فيجب ردّه (وكذلك لو تفاخرا الرهن له حبسه مالم يقبض الدين أو يبرئه ، ولا يبطل

فى الدين لكونه بدلا عن المقبوض وهو قد كان صالحا لذلك فيثبت هذا الحكم فى خلفه تبعا لا مقصودا انتهى) قوله فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاها لأنه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق ، فكان الثانى استيفاء بعد استيفاء فيجب ردّه) قال فى العنايه : وطواب بالفرق بينه وبين ما إذا ارتهن عبدا بألف درهم وقبضه وقيمه مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن أو أبرأه ولم يردّ عليه الرهن حتى هلك عنده من غير أن يمنعه إياه فإنه لا ضمان عليه استحسانا وإن ثبتت يد الاستيفاء للمرتهن بقبضه السابق وقد تقرر بالهلاك ، فصيرورته مستوفيا بهلاك الرهن بعد الإبراء بمنزلة استيفائه حقيقة . وفى الاستيفاء حقيقة بعد الإبراء يردّ المستوفى فيجب أن يكون هاهنا كذلك . وأجيب بأن الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم ، وذلك الاستيفاء يتقرر بالهلاك مستندا إلى وقت القبض . فالقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد ، وأما الإبراء فليس فيه استيفاء شيء ليجب ردّه ، وإنما هو إسقاط ، وإسقاط الدين بمن ليس عليه لغوائته . أقول : فى خاتمة هذا الجواب خلل لأن قوله وإسقاط الدين ممن ليس عليه لغو من الكلام هاهنا لأن الإبراء فى مادة النقض من الراهن ، ولا شك أن الراهن ممن عليه الدين فكان الإبراء فيها ممن عليه الدين فلم يكن لغوا بل كان إسقاطا صحيحا فلا مساس لقوله وإسقاط الدين ممن ليس عليه لغو بما نحن فيه . فإن قلت : مراده أن يد الاستيفاء لما ثبت للمرتهن بعقد الرهن وتقرره بالهلاك مستندا إلى وقت القبض صار المرتهن بالهلاك مستوفيا دينه من وقت القبض فصار الاستيفاء مقدما على الإبراء فى الحكم فلم يكن الراهن مديونا وقت الإبراء لسقوط دينه بالقبض السابق فلم يكن الإبراء ، فيما نحن فيه إسقاط الدين ممن عليه من هذه الحيثية فلهذا قال : وإسقاط الدين ممن ليس عليه لغو . قلت : لو كان لهذه الحيثية اعتبار فيما نحن فيه من مادة النقض وكان الإبراء فيه لغوا بناء على ذلك لوجب فيه الضمان على المرتهن لثبوت الاستيفاء له بيده بقبضه السابق وتقرره بالهلاك ، وكون الإبراء لغوا على الفرض مع أنه لا يجب عليه الضمان فيه وهو مدار النقض والمطالبة بالفرق بين مسئلة

وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لم يقبض شيئا . قال (وإن كان الرهن فى يده الخ) إذا كان الرهن فى يد المرتهن فهو غير بين أن يمكن الراهن من بيعه وأن لا يمكن . لأن حكمه الحبس الدائم إلى أن يقضى الدين على ما بيناه وذلك حقه فله إسقاطه ، وكلامه واضح . وقوله (فلو هلك) أى الرهن (قبل الرد استرد الراهن ما قضاها) لما ذكره فى الكتاب وهو واضح ، وطولب بالفرق بينه وبين ما إذا ارتهن عبدا بألف درهم وقبضه وقيمه مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن أو أبرأه ولم يردّ عليه الرهن حتى هلك عنده من غير أن يمنعه إياه فإنه لا ضمان عليه استحسانا ، وإن ثبتت يد الاستيفاء للمرتهن بقبضه السابق وقد تقرر بالهلاك فصيرورته مستوفيا بهلاك الرهن بعد الإبراء بمنزلة استيفائه حقيقة . وفى الاستيفاء حقيقة بعد الإبراء يردّ المستوفى فيجب أن يكون هاهنا كذلك . وأجيب بأن الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفاء يتقرر بالهلاك مستندا إلى وقت القبض . فالقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد . وأما الإبراء

أقول : لا يكلف المرتهن بالأحضار فى مسئلة القتل العلم بعدم قدرته له قبل مضى ثلاث سنين ولا يجبر الراهن أيضا على الإيفاء . فيما نحن فيه يكلف المرتهن فيجبر الراهن إذا أحضر ، ولعل مراد الإمام السنغانى هذا (قوله وطولب بالفرق) أقول : نقض إجمالى (قوله فإنه لا ضمان عليه استحسانا) أقول : تنجى المسئلة فى أواخر كتاب الرهن .

الرهن إلا بالرد على الراهن على وجه القسخ) لأنه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين (ولو هلك في يده سقط الدين إذا كان به وفاء بالدين) لبقاء الرهن (وليس للمرتن أن ينتفع بالرهن لاستخدام ولا بسكنى ولا ليس ، إلا أن يأذن له المالك) لأن له حق الحبس دون الانتفاع (وليس له أن يبيع إلا بتسليم من الراهن ، وليس له أن يواجر ويعير) لأنه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه ، فإن فعل كان متعديا ، ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي . قال (وللمرتن أن يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذى فى عياله) قال رضى الله عنه : معناه أن يكون الولد فى عياله أيضا ، وهذا لأن عينه أمانة فى يده فصار كالوديعة (وإن حفظه بغير من فى عياله أو أودعه ضمن) وهل يضمن الثانى فهو على الخلاف ، وقد بينا جميع ذلك بدلائله فى الوديعة (وإذا تعدى المرتن فى الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته) لأن الزيادة على مقدار الدين أمانة ، والأمانات تضمن بالتعدى (ولو رهنه خاتما فجعله فى خنصره فهو ضامن) لأنه متعدي بالاستعمال لأنه غير مأذون فيه ، وإنما الإذن بالحفظ واليمنى واليسرى فى ذلك سواء لأن العادة فيه مختلفة (ولو جعله فى بقية الأصابع كان رهنا بما فيه) لأنه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ . وكذا الطيلسان إن أبسه لبسا معتادا ضمن .

الكتاب وبين ذلك فلا يتم الجواب . فالحق فى الجواب عن المطالبة المذكورة ما ذكره صاحب النهاية حيث قال : قلت إن ضمان الرهن يثبت باعتبار القبض والدين جميعا لأنه ضمان الاستيفاء فلا يتحقق ذلك إلا باعتبار الدين ، وبالإبراء عن الدين انعدم أحد المعنيين وهو الدين ، والحكم الثابت بعلّة ذات وصفين ينعدم بانعدام أحدهما ، ألا يرى أنه لو رد الرهن سقط الضمان لانعدام القبض مع بقاء الدين ، فكذا إذا أبرأ عن الدين يسقط الضمان لانعدام الدين مع بقاء القبض وهذا بخلاف ما لو استوفى الدين حقيقة لأن هناك الدين لا يسقط بالاستيفاء بل يتقرر ، فإن ما هو المقصود يحصل بالاستيفاء ، وحصول المقصود بالشئ يقرره ويهيئه ،

فليس فيه استيفاء شئ لينجب رده . وإنما هو إسقاط ، وإسقاط الدين ممن ليس عليه لغو . وقوله (على وجه القسخ) احتراز عما إذا رده على وجه العارية فإنه لا يبطل الرهن . وقوله (لأنه) أى الرهن (يبقى مضمونا مادام القبض والدين باقيا) ألا ترى أنه لو رد الرهن سقط الضمان لغوات القبض وإن كان الدين باقيا ، وإذا أبرأه عن الدين سقط الضمان وإن كان القبض باقيا ، لأن العلة إذا كانت ذات وصفين ينعدم الحكم بعدم أحدهما . فإن قيل : فينبغى أن لا يبقى مضمونا بعد قبض الدين إذا هلك الرهن قبل التسليم وليس كذلك كما مر فكان الكلام متناقضا . أجيب بأن بقاء احتمال الحبس باحتمال استحقاق المؤدى يوجب بقاء الضمان ، وفيه نظر لأن الاحتمال لا يوجب التحقيق لاسيما إذا لم ينشأ عن دليل . وقوله (ولو هلك فى يده . يعنى إذا حبسه بعد التفاسخ فهلك سقط الدين إذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن . وقوله (وليس للمرتن) معناه انتفاء جواز الانتفاع بالرهن والإنتفاع به . قال (وللمرتن أن يحفظ الرهن بنفسه الخ) كلامه واضح والعبرة فى العيال للمساكنة لا للنفقة ، ألا ترى أن المرأة

(قوله وإذا أبرأه عن الدين سقط الضمان وإن كان القبض باقيا) أقول : فيه بحث ، فإنه ذكر قبيل هذا الكلام أنه إذا هلك الرهن فى يد المرتن بعد الإبراء يكون الإبراء لغوا لكون الدين مستوفى مستندا إلى القبض وليس معنى الضمان إلا ذلك ، لكن التمويل على ما ذكره هاهنا يدل عليه كلام المصنف فى أواخر الكتاب (قوله وكان الكلام متناقضا) أقول : ولك أن تقول : الدين باق بعد القضاء لكنه لا يطالب به لعدم الفائدة ، وإلى ذلك أشار صاحب النهاية ، وسيجيء ما ذكره فى آخر كتاب الرهن من الهداية ، ولهذا لم يعد شهادة من شهد بألف وقضى خمسمائة منها على ما مر فى فصل الاختلاف فى الشهادة فراجع (قوله أجيب بأن بقاء احتمال الحبس باحتمال استحقاق المؤدى يوجب بقاء الضمان) أقول : اعتراف بعدم انعكاس العلة وذلك هو غرض القائل وجوابه تعميم الدين بجهته أيضا كما سيجيء فى آخر كتاب الرهن من المصنف (قوله معناه انتفاء جواز الإنتفاع بالرهن والانتفاع به) أقول : سبق من الشارحين تحطئة المصنف فى هذا اللفظ فى فصل كرى الأنهار . إن قيل : إنما أنكروا فيه استعمال الإنتفاع فى معنى النفع لامتطلة . قلنا : لا مانع من أن يراد منه فيه المعنى الذى أريد منه هنا .

وإن وضعه على عاتقه لم يضمن (ولو رهنه سيفين أو ثلاثة فتقلدها لم يضمن في الثلاثة وضمن في السيفين) لأن العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين في الحرب ولم تجرب بتقلد الثلاثة ، وإن لبس خاتماً فوق خاتم ، إن كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن ، وإن كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن . قال (وأجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتن وكذلك أجرة الحافظ وأجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن) والأصل أن ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل أو لم يكن . لأن العين باق على مملكته ، وكذلك منافعه مملوكة له فيكون إصلاحه وتبقيته عليه لما أنه مؤنة ما ماله كما في الوديعة ، وذلك مثل النفقة في مأكله ومشربه وأجرة الراعي في معناه لأنه علف الحيوان . ومن هذا الجنس كسوة الرقيق وأجرة ظئر ولد الرهن وسقى البستان وكري النهر وتلقيح نخيله وجذاذه والقيام بمصالحه . وكل ما كان لحفظه أو لردّه إلى يد المرتن أو لردّه جزء منه فهو على المرتن مثل أجرة الحافظ ، لأن الإمساك حق له والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه ، وكذلك أجرة البيت الذي يحفظ الرهن فيه ، وهذا في ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف أن كراء المساوى على الراهن بمنزلة النفقة لأنه سعى في تبقيته . ومن هذا القسم جعل الآبق فإنه على المرتن لأنه محتاج إلى إعادة الاستيفاء التي كانت له ليردّه فكانت مؤنة الرد فيلزمه . وهذا إذا كانت قيمة الرهن والدين سواء . وإن كانت قيمة الرهن أكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لأنه أمانة في يده والردّ لإعادة اليد ، ويده في الزيادة يد المالك إذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك . وهذا بخلاف أجرة البيت الذي ذكرناه فإن كلها تجب على المرتن ، وإن كان في قيمة الرهن فضل لأن وجوب ذلك بسبب الحبس . وحق الحبس في الكل ثابت له . فأما الجعل إنما يارمه لأجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون ومداداة الجراحة والقروح ومعالجة الأمراض والفداء من الجناية تنقسم على المضمون والأمانة والحراج على الراهن خاصة لأنه من مؤن المالك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتن لتعلقه بالعين .

وإذا بقي الدين حكماً بقي ضمان الرهن . وبهلاك الرهن يصير مستوفياً فتبين أنه استوفى مرتين فيلزمه ردّ أحدهما ، وأما الإبراء فيسقط الدين فلا يبقى الضمان بعد انعدام أحد المعنيين ، إلى هنا لفظ النهاية . وسيجيء من المصنف في آخر كتاب الرهن ما يطابق ذلك في الفرق بين تينك المستثنين فتبصر . قال تاج الشريعة : فإن قلت : ينبغي أن لا يبقى الرهن مضموناً بعد قبض الدين إذا هلك الرهن قبل التسليم ، لأن حكم الرهن لم يبق . قلت : بقی احتمال استحقال الحبس لاحتمال أن يستحق المؤدى وحينئذ يظهر أنه ما استوفى حقه فكان له استحقال الحبس انتهى . وردّ صاحب العناية هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب : فيه نظر ، لأن الاحتمال لا يوجب التحقيق لاسيما إذا لم ينشأ عن دليل انتهى . أقول : الحق في الجواب عن أصل السؤال أن

إذا ارتهنت وسلمت الرهن إلى الزوج لم يضمن ، والابن الكبير الذي لا يكون في نفقته إذا ساكن الأب وخرج الأب عن المنزل وترك المنزل على الابن لم يضمن . قال (وأجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن) فإن أبي الفاضل يأمر المرتن بأن ينفق عليه ، فإذا قضى الدين فالمرتن أن يحبس الرهن حتى يستوفي النفقة ، وإن هلك الرهن بعد ذلك لا شيء على الراهن في قول زفر . وقال أبو يوسف : النفقة دين على الراهن . والأصل المذكور في الكتاب واضح . وقوله (وكل ما كان لحفظه أو لردّه إلى يد المرتن) كجعل الآبق (أو لردّه جزء منه) كمداداة الجراح . وقوله (والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه) قال في شرح الطحاوي : لو شرط الراهن للمرتن شيئاً على الحفظ لا يصح بخلاف الوديعة . وقوله (لتعلقه بالعين) يعني بخلاف حق المرتن ،

ولا يبطل الرهن في الباقي لأن وجوبه لا ينافي ملكه ، بخلاف الاستحقاق ، وما أداه أحدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع ، وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر بأمر القاضي رجع عليه كأن صاحبه أمره به ، لأن ولاية القاضي عامة . وعن أبي حنيفة أنه لا يرجع إذا كان صاحبه حاضرا وإن كان بأمر القاضي . وقال أبو يوسف إنه يرجع في الوجهين ، وهي فرع مسألة الحجر : والله أعلم .

(باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز)

قال (ولا يجوز رهن المشاع)

يقال : الدين لا يسقط بالقضاء كما يسقط بالإبراء لقيام الموجب وهو الذمة ، بل يبقى على حاله ، ولكن لا يطالب به لتعذر الاستيفاء كما صرح به المصنف في آخر كتاب الرهن أثناء الفرق بين مسألة إبراء المرتهن الراهن عن الدين ومسألة استيفاء المرتهن الرهن ، فإذا بقي الدين بعد قضاء مثله يبقى حكم الرهن أيضا ما لم يسلم إلى الراهن فيبقى مضمونا بالهلاك إلى أن يسلم إلى الراهن ، تأمل تقف انتهى ، والله الموفق للصواب .

(باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز)

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز ، إذ التفصيل إنما يكون بعد الإجمال (قوله ولا يجوز رهن المشاع) قال صاحب العناية : رهن المشاع القابل للقسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان إذا قبض .

فإن حقه يتعلق بالرهن من حيث المسالية لامن حيث العين ، والعين مقدم على المسالية ، فكذلك ما يتعلق بالعين يقدم على ما يتعلق بالمسالية . فإن قيل : لما كان العشر متعلقا بالعين كان استحقاقه كاستحقاق جزء من الأرض لكون كل واحد منهما عينا ورد عليه عقد الرهن فإن وضع المسئلة فيما إذا ارتهن أرضا عشرية مع شجر أو زرع فيها فأخذ العشر والاستحقاق في جزء من الأرض يبطل الرهن لظهور الشيوع فيه فكذا في استحقاق العشر . أجاب بقوله (ولا يبطل الرهن في الباقي لأن وجوبه) أي وجوب العشر (لا ينافي ملكه) في جميع مارهنه ، ألا ترى أنه لو باعه جاز : ولو أدى العشر من موضع آخر جاز فصاح الرهن في الكل ثم خرج جزء معين فلم يتمكن الشيوع في الرهن لا مقارنا ولا طارئا ، بخلاف الاستحقاق لأن الملك المستحق ملك الغير فلم يصح الرهن فيه ، وكذا فيما وراءه لأنه مشاع (قوله وما أداه أحدهما مما وجب على صاحبه) يعني من أجرة وغيرها (فهو متطوع) لأنه قضى دين غيره بغير أمره (وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر) فإن كان بغير أمر القاضي فكذلك ، وإن كان بأمره رجع عليه كأن صاحبه أمره به لعموم ولاية القاضي . وقد قيل : إنه بمجرد أمر القاضي بالنفقة لا يصير ديناً على الراهن ما لم يجعله ديناً عليه بالتنصيص ، لأن أمره هاهنا ليس للإلزام ، فإنه لا يلزمه شيء منها بالاتفاق فيكون الأمر بذلك متردداً بين الإنفاق حسبة وديناً ، فعند الإطلاق يثبت الأدنى . وقوله (وهي فرع مسألة الحجر) فذهب أبي حنيفة أن القاضي لا يلي على الحاضر وعندهما يلي عليه . يعني عند أبي يوسف ومحمد لما نفذ حجر القاضي على الحر كان نافذاً حال غيبته وحضرته . وعند أبي حنيفة لو نفذ عليه أمر القاضي حال حضوره يصير محجوراً عليه وهو لا يراه بخلاف حال غيبته لأن فيها ضرورة .

(باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز)

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز ، إذ التفصيل إنما يكون بعد الإجمال . قال (ولا يجوز رهن المشاع الخ) رهن المشاع القابل للقسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان إذا قبض : وقيل باطل لا يتعلق به ذلك

(قوله ألا يرى أنه لو باعه جاز) أقول : يعني لو باع الجميع في غير الرهن جاز البيع قبل أداء العشر .

(باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز)

وقال الشافعي : يجوز ، ولنا فيه وجهان : أحدهما يبتنى على حكم الرهن ، فإنه عندنا ثبوت يد الاستيفاء ، وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع . وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعيينه للبيع .

وقيل باطل لا يتعلق به ذلك : وليس بصحيح لأن الباطل منه هو فيما إذا لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضمونا ، وما نحن فيه ليس كذلك بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه ، إلى هنا لفظه . أقول : إن قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه حشو مفسد ، إذ الظاهر أنه علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك ، وليس بصحيح إذ لا شك أن مانحن فيه وهو رهن المشاع ليس مما لم يكن الرهن مالا ولا مما لم يكن المقابل به مضمونا : فإن الشيوخ لا ينافي المالية قطعاً حتى يكون رهن المشاع مما لم يكن الرهن مالا ، وكذا الشيوخ في الرهن لا يقتضي أن لا يكون المقابل به مضمونا بل يتصور فيما إذا كان المقابل به مضمونا أيضاً كما لا يخفى . ثم لا شك أنه لا بناء لشيء من ذلك على كون القبض شرط تمام عقد الرهن لا شرط جوازه : بل ذلك أمر مقرر سواء كان القبض شرط تمام عقد الرهن أو شرط جوازه كما لا يخفى على ذي مسكة ، فلا وجه لجعل قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك . وزعم بعض الفضلاء أن قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد الخ علة لقوله لأن الباطل منه هو فيما إذا لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضمونا حيث قال في بيان قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه : يعني أن الحكم بكون الباطل منحصراً فيما ذكره بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه ، فإنه إذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر انتهى . أقول : ليس هذا أيضاً بصحيح لأنه مع كون الفصل بقوله وما نحن فيه ليس كذلك مما يأتي جداً كون قوله بناء على أن القبض إلى آخره علة لما قبل ذلك لا يصح بناء أن الحكم بكون الباطل من الرهن منحصراً فيما ذكره من الصورتين على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه . قوله فإنه إذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر ممنوع ، فإن مجرد انتفاء شرط الجواز لا يستلزم بطلان العقد بل يتصور انتفاء ذلك فيما إذا انعقد العقد بصفة الفساد أيضاً ، وإنما الذي يستلزم بطلان العقد انتفاء شرط الانعقاد ، وإنما هو في عقد الرهن أن يكون الرهن مالا وأن يكون المقابل به مضمونا لا غير ، ويدل على ذلك كله ما ذكر في الذخيرة والمغنى ونقل عنهما في النهاية وغيرها ، وهو أن الباطل من الرهن مالا يكون منعقداً أصلاً كالباطل من البيوع ، والفساد منه ما يكون منعقداً لكن بوصف الفساد كالفساد من البيوع ، وشرط انعقاد الرهن أن يكون الرهن مالا والمقابل به مضمونا ، في كل موضع كان الرهن مالا والمقابل به مضمونا ، إلا أنه يفقد بعض شرائط الجواز ينعقد الرهن لوجود شرط الانعقاد لكن بصفة الفساد لانعدام بعض شرط

وليس بصحيح لأن الباطل منه هو فيما إذا لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضمونا وما نحن فيه ليس كذلك بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه . وقال الشافعي رحمه الله : هو جائز ولم يذكر له في الكتاب دليلاً لأن أصل دليله ، ومعظمه قد علم في ضمن ذكر دليلنا على ما سيظهر ، ودليلنا موقوف على مقدمة هي أن العقود شرعت لأحكامها ، فإذا فات الحكم كان العقد غير معتبر ، وتقرير الوجه الأول من كلامه . حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء على ما تناوله العقد لما بينا أنه وثيقة لجانب الاستيفاء ، وثبوت يد الاستيفاء فيما تناوله العقد وهو المشاع غير متصور لأن اليد تثبت على معين والمرهون من المشاع غير معين والمعين غير المعين فتكون اليد ثابتة على غير المرهون وفيه قوات حكمه . وأدرج المصنف رحمه الله دليل الشافعي رحمه الله بين الوجهين وهو قوله وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعيينه للبيع ، فيكون تقرير كلامه حكم الرهن تعيينه للبيع والمشاع عين يجوز بيعه ، فحكم الرهن يجوز في المشاع ، وإذا كان الحكم متصوراً كان العقد مقيداً ، وتقرير الثاني أن موجب الرهن : أي موجب حكمه : يعني لازمه هو الحبس الدائم لأنه لم يشرع إلا مقبوضاً بالنص وهو قوله تعالى

(قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد) أقول : يعني أن الحكم بكون الباطل منحصراً فيما ذكره بناء على أن القبض الخ ، فإنه إذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر (قوله لا شرط جوازه) أقول : يخالف لما قلنا من كونه (قوله وتقرير الوجه الأول من كلامه حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء الخ) أقول : مقتضى ظاهر هذا التقرير بطلان رهن المشاع فعلم ، فإنه يجوز أن يقال المراد حكم الرهن الصحيح ثبوت يد الاستيفاء .

والثاني أن موجب الرهن هو الحبس الدائم ، لأنه لم يشرع إلا مقبوضاً بالنص ، أو بالنظر إلى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذى بيناه . وكل ذلك يتعلّق بالدوام . ولا يفضى إليه إلا استحقاق الحبس ، ولو جاوزناه فى المشاع يفوت الدوام لأنه لا بد من المهايأة فىصير كما إذا قال رهنتك يوماً ويوماً لا . ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها ، بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمة . لأن المانع فى الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم . أما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله ، وهاتنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وإن كان لا يحتمل القسمة . ولا يجوز من شريكه لأنه لا يقبل حكمه على الوجه الأول . وعلى الوجه الثانى يسكن يوماً بحكم الملك ويوماً بحكم الرهن فىصير كأنه رهن يوماً ويوماً لا . والشيوخ الطارئ يمنع بقاء الرهن فى رواية الأصل . وعن أبى يوسف أنه لا يمنع لأن حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء فأشبه الهبة . وجه الأول أن الامتناع لعدم المحلية وما يرجع إليه ، فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمة فى باب النكاح ، بخلاف الهبة لأن المشاع يقبل حكمها وهو الملك ، واعتبار القبض فى الابتداء لنفى الغرامة على ما بيناه ، ولا حاجة إلى اعتباره

الجواز ، وفى كل موضع لم يكن الرهن مالا أو لم يكن ألقابل به مضموناً لا ينعقد الرهن أصلاً انتهى فتدبر (قوله والثانى أن موجب الرهن هو الحبس الدائم لأنه لم يشرع إلا مقبوضاً) أقول : لقائل أن يقول : إن أراد بقوله إنه لم يشرع إلا مقبوضاً أن عقد الرهن لم يجر إلا مقبوضاً يكون هذا القول منه مناقضاً لما ذكره فى صدر كتاب الرهن من أن القبض شرط لزوم الرهن لا شرط جوازه ، وإن أراد بذلك أنه لم يلزم إلا مقبوضاً لايم التّقرّب إذ المدعى هاهنا عدم جواز رهن المشاع لعدم لزومه فتأمل فى الدفع (قوله أو بالنظر إلى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذى بيناه) قال صاحب النهاية : وهو قوله وليكون عاجزاً عن الانتفاع فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أولضجره انتهى . واقتنى أثره فى هذا التفسير جماعة من الشراح ، منهم صاحب العناية حيث قال : يعنى مامر من قوله وليكون عاجزاً عن الانتفاع فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أولضجره . أقول : علل المصنف فيما مرّ كون الرهن وثيقة لحانب الاستيفاء بعنتين حيث قال : ليقع الأمن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن ، وليكون عاجزاً عن الانتفاع فيتسارع الدائن لحاجته أولضجره انتهى . فليت شعري ما حمل هؤلاء الشراح على حملهم قول المصنف هاهنا من الوجه الذى بيناه على العلة الثانية فقط دون مجموع العلتين كما هو الظاهر ، أو على العلة الأولى لتقدمها

ـ فهاهنا مقبوضة ـ أو بالنظر إلى المقصود وهو الاستيثاق من الوجه الذى بيناه : يعنى مامر من قوله وليكون عاجزاً عن الانتفاع فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أولضجره (وكل ذلك) أى كل مامر من قوله لم يشرع إلا مقبوضاً بالنص أو بالنظر إلى المقصود (يتعلّق بالدوام) أما تعلّقه بالدوام بالنظر إلى المقصود فظاهر ، فإنه لو تمكّن من الاسترداد ربما جحد الرهن والدين جميعاً يفوت الاستيثاق . وأما بالنظر إلى النص فلا أنه لنا وجب القبض ابتداءً وجب بقاء ، لأن مانعاً بالحلّ فلا ابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمة فى النكاح ، وقد علمت أن حكم الرهن عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهو لا يكون إلا بالقبض والقبض فيما نحن فيه يقتضى الدوام فكان دوام الحبس لازماً بحكم الرهن ويفوت فى المشاع ، والداعى إلى هذا التوجيه تخلص الكلام عن التكرار فإنه قال : أحدهما يبنى على حكم الرهن ، والثانى أن موجب الرهن فلو كان الموجب مفسراً بالحكم كما هو المعهود تكرر كلامه وقوله (ولا يفضى إليه) أى إلى دوام الحبس من تمام الدليل : يعنى ثبت أنه لا بد من الدوام ، ولا يفضى إليه إلا استحقاق الحبس ولا استحقاق للحبس فى المشاع لأنه لا بد من المهايأة ، فكأنه يقول له رهنتك يوماً دون يوم ، ولا شك فى عدم استحقاقه للحبس سوى يوم يفوت الدوام الواجب تحقّقه (ولهذا) أى ولأن الدوام يفوت فى المشاع تساوى ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها فى الرهن ، بخلاف الهبة على ما ذكره فى الكتاب (وقوله ولا يجوز) أى الرهن (من شريكه) على الوجهين جميعاً . أما على الوجه الأول فإنه لا يقبل حكمه . وأما على الثانى فلا أنه يفوت به دوام الحبس كما تقدم . وصورة الشيوخ الطارئ أن يرهن الجميع ثم يتفاحا فى البعض ، أو أذن الراهن للعدل أن يبيع الرهن كيف شاء فباع نصفه وأنه يمنع بقاء الرهن فى رواية الأصل ، وكلامه

في حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ، ولا يجوز فسخ العقد في بغض الرهن . قال (ولا رهن ثمرة على رءوس النخيل دون النخيل ، ولا زرع الأرض دون الأرض ، ولا رهن النخيل في الأرض دونها) لأن المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى الشائع (وكذا إذا رهن الأرض دون النخيل أو دون الزرع أو النخيل دون الثمر) لأن الاتصال يقوم بالطرفين ، فصار الأضل أن المرهون إذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجوز لأنه لا يمكن قبض المرهون وحده . وعن أبي حنيفة أن رهن الأرض بدون الشجر جائز لأن الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الأشجار بمواضعها ، بخلاف ما إذا رهن الدار دون البناء لأن البناء اسم للمبنى فيصير راهنا جميع الأرض وهي مشغولة بملك الراهن (ولو رهن النخيل بمواضعها جاز) لأن هذه مجاورة وهي لا تمنع الصحة (ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن) لأنه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد ، بخلاف البيع لأن بيع النخيل بدون الثمر جائز ، ولا ضرورة إلى إدخاله من غير ذكره . وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لأنه ليس بتابع بوجه ما ، وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الأرض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمرة (ويدخل البناء والغرس في رهن الأرض والدار والقرية) لما ذكرنا (ولو رهن الدار بما فيها جاز . ولو استحق بعضه ، إن كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهننا بحصته وإلا بطل كله) لأن الرهن جعل كأنه ما ورد إلا على الباقي ، ويمنع التسليم كون الراهن أو متاعه في الدار المرهونة ، وكذا متاعه في الوعاء المرهون ، ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل لأنه شاغل لها ، بخلاف ما إذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهننا تاما إذا دفعها إليه ، لأن الدابة مشغولة به فصار كما إذا رهن متاعا في دار أو في وعاء دون الدار والوعاء ، بخلاف ما إذا رهن سرجا على دابة أو لحاما في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهننا حتى ينزعه منها ثم يسلمه إليه لأنه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر . قال (ولا يصح الرهن بالأمانات) كالودائع والبعاري والمضاربات

في الذكر هناك . والعجب من صاحب العناية أنه قال في شرح قول المصنف وكل ذلك بتعلق بالدوام : أي كل مامر من قوله إلا مقبوضا بالنص أو بالنظر إلى المقصود ويتعلق بالدوام ، وقال : أما تعلقه بالدوام بالنظر إلى المقصود فظاهر ، فإنه لو تمكن من الاسترداد ربما جحد الرهن والدين جميعا فيفوت الاستيثاق انتهى . فقد جعل مدار الاستيثاق في البيان هو العلة الأولى على

واضح . قال (ولا رهن ثمرة على رءوس النخيل دون النخيل) هذا معطوف على قوله ولا يجوز رهن المشاع وعلته علته ، فإن الأصل الجامع أن اتصال المرهون بغير المرهون يمنع جواز الرهن لانتهاء القبض في المرهون وحده لاختلاطه بغيره . وقوله (بخلاف المتاع في الدار) يعني إذا رهن دارا مشغولة بأمعة الراهن لم يصح الرهن لأنها لما لم تكن تابعة للدار بوجه لم تدخل في رهنها من غير ذكر فانتفى القبض ؛ ألا ترى أنه لو باع الدار بكل قليل وكثير هو فيها أو منها لم تدخل الأمعة ، بخلاف ما لو باع النخيل بكل قليل وكثير هو فيها أو منها فإنه تدخل الثمار فتدخل في الرهن لاتصالها بها خلقة . وقوله (ولو استحق بعضه) يعني بعض الرهن بأن رهن دارا أو أرضا فاستحق بعضها ، فيما أن يكون الباقي غير مشاع بأن كان المستحق جزءا معينيا غير مشاع أو كان مشاعا ، فإن كان الأول صح الرهن لأنه تبين أن الرهن من الابتداء كان ما بقي وهو غير مشاع وكان جائزا ، وإن كان الثاني تبين أن الرهن من الأول مشاع وهو مانع . وقوله (حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر) يعني قال المشايخ رحمهم الله : إذا رهن دابة عليها لجام أو سرج دخل ذلك في الرهن من غير ذكر تبعا . وقوله (ولا يصح الرهن بالأمانات) قد تقدم ذكره .

(قال المصنف : لأن الشجر اسم للنابت) أقول : يعني اسم للنابت الخالط للأرض ، إذ المشجرة هي المخالطة .

(ومال الشركة) لأن القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه (وكذلك لا يصح بالأعيان المضمونة غيرها كالبيع في يد البائع) لأن الضمان ليس بواجب، فإنه إذا هلك العين لم يضمن البائع شيئا لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن. فأما الأعيان المضمونة بعينها وهو أن يكون مضمونا بالمثل أو بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب وبديل الخلع والمهر وبديل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها، لأن الضمان متقرر، فإنه إن كان قائما وجب تسليمه، وإن كان هالكا تجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح. قال (والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة) والفرق أن الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب، وإضافة التملك إلى زمان في المستقبل لا تجوز. أما الكفالة فلا تلتزم المطالبة، والتزام الأفعال يصح مضافا إلى المال كما في الصوم والصلاة، ولهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن، فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عتده يهلك أمانة لأنه لا عقد حيث وقع باطلا، بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنك هذا لتقرضني ألف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمي من المال بمقابلته، لأن الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة.

خلاف ما فسر به مراد المصنف فيما قبل تبصر (قوله بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنك هذا لتقرضني ألف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمي من المال بمقابلته) قال في غاية البيان: فيه تسامح. لأنه يهلك بالأقل من قيمته ومما سمي له من القرض؛ ألا ترى إلى ما قال الإمام الإسبيجاني في شرح الطحاوي: ولو أخذ الرهن بشرط أن يقرضه كذا فهلك في يده قبل أن يقرضه هلك بالأقل من قيمته ومما سمي له من القرض انتهى. وقال تاج الشريعة: في شرح قول المصنف حيث يهلك بما سمي من المال بمقابلته: هذا إذا ساوى الرهن الدين قيمة، وإنما أطلق جريا على العادة إذ الظاهر أن يساوى الرهن الدين انتهى. واقتنى أثره صاحب العناية. أقول: فيه قصور بين، فإن ما ذكر في الكتاب كما يتمشى فيما إذا ساوى قيمة الرهن الدين الموعود وهو ماسمى له من القرض يتمشى أيضا فيما إذا كانت قيمة الرهن أكثر من ذلك الدين فلا وجه لتخصيصه

وقوله (والرهن بالدرك باطل) قد تقدم غير مرة أن الدرك هو رجوع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع. وصورة الرهن بذلك أن يبيع شيئا ويسلمه إلى المشتري فيخاف المشتري أن يستحقه أحد فيأخذ من البائع رهنا بالثمن لو استحقه أحد وهو باطل حتى لا يملك المرتهن حبس الرهن: إن قبضه قبل الوجوب استحق المبيع أولا. وأما الكفالة بذلك فهي جائزة، والفرق ما ذكره في الكتاب. وذكر في فائدة ضمان الدرك مع استحقاق رجوع المشتري على البائع عند استحقاق المبيع ضمن البائع دركه أو لا، لأنه إذا لم يضمن لا يقدر المشتري على الرجوع إلا إذا قضى القاضي بنقض البيع، وأما إذا ضمنه فإنه يرجع عليه قضى القاضي بنقض البيع بينهما أو لم يقض، وهذا بناء على أن المبيع إذا استحق لم ينتقض البيع بينهما بدون رضا البائع أو قضاء القاضي، لأن احتمال إقامة البائع البينة على النتائج أو التلق من جهة المستحق قائم، أما إذا قضى القاضي ثبت العجز وانفسخ العقد. وقوله (بخلاف الرهن بالدين الموعود) متصل بقوله يهلك أمانة، وصورته ما ذكر في الكتاب. وقوله (لأن الموعود) يعني من الدين جعل كالموجود باعتبار الحاجة. فإن الرجل يحتاج إلى استقرار شيء وصاحب المال لا يعطيه قبل قبض الرهن فيجعل الدين الموعود موجودا احتيالا للجواز دفعا للحاجة عن المستقرض. فإن قيل: فليجعل المعلوم في الدرك موجودا للاشتراك في الحاجة. أجب بأن المعلوم يجعل موجودا إذا كان على شرف الوجود، والظاهر من حال المسلم إنجاز وعده، والدرك ليس

(قوله إن قبضه قبل الوجوب) أقول: وذلك: أي الوجوب بعد الحكم برد الثمن ينسخ البيع (قوله وذكر في فائدة ضمان الدرك) أقول: هذه الفائدة ذكرها العلامة الكاكي محالا على فصول الاستروشي (قوله لأن احتمال إقامة البائع البينة على النتائج والتلق من جهة المستحق قائم، أما إذا قضى القاضي ثبت العجز وانفسخ العقد) أقول: والأقرب احتمال إجازة المستحق البيع.

ولأنه مقبوض بجهة الرهن الذى يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه . قال (ويصح الرهن برأس مال السلم وبشمن الصرف والمسلم فيه) وقال زفر : لا يجوز لأن حكمه الاستيفاء . وهذا استبدال لعدم المجانسة ، وباب الاستبدال فيها مسدود . ولنا أن المجانسة ثابتة فى المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على مامر . قال (والرهن بالمبيع باطل) لما بينا أنه غير مضمون بنفسه (فإن هلك ذهب بغير شيء) لأنه لا اعتبار للبطل ببقى قبضا بإذنه (وإن هلك الرهن بشمن الصرف ورأس مال السلم فى مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا لدينه حكما) لتحقق القبض حكما (وإن افترقا قبل هلاك الرهن بطلا لفوات القبض حقيقة وحكما) (وإن هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه) ومعناه : أنه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم (ولو تفسخ السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبس) لأنه بدله

بصورة المساواة . فالحق أن يقال فى البيان : هذا إذا ساوى قيمة الرهن مسمى له من القرض أو كانت قيمته أكثر من ذلك : وأما إذا كانت قيمة الرهن أقل من ذلك فهلك بقيمة الرهن ، إذ قد تقرّر فيما مر أن الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين ولكن المصنف ذكر هاهنا قوله حيث يهلك بما سمي له من القرض فى صورة الإطلاق جريا على ما هو الظاهر الغالب من كون

كذلك لأن الظاهر عدم الاستحقاق ، فإن المسلم العاقل لا يقدم على بيع مال غيره . وقوله (لأنه مقبوض بجهة الرهن الذى يصح على اعتبار وجوده) أى وجود الدين وللمقبوض بجهة الشيء حكم ذلك الشيء كالمقبوض على سوم الشراء (فيعطى له) أى للذى قبض بجهة الرهن (حكم الرهن) حتى يهلك بما سمي من المال بمقابلته ، ويجب على المقرض إيفاء ما وعده ، وهذا إذا ساوى قيمة ما استقرضه ، وإنما أطلق جريا على أن الظاهر الغالب فى الرهن أن يساوى الدين . فإن قيل : قياس هذا بالمقبوض على سوم الشراء غير صحيح ، لأن الواجب فيه القيمة وفيما نحن فيه الموعود . فالجواب أن التساوى بين المقيس والمقيس عليه فى جميع الوجوه ليس بلازم ، واعتباره به من حيث أنه يهلك مضمونا لأمانة . وأما الفرق بينهما من حيث وجوب القيمة والموعود فباعتبار أن ضمان الرهن ضمان استيفاء الدين وحيث جعل الدين موجودا فيتقدر بقدره ، وضمان المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ يجب بالعقد إذ ليس للبائع على المشتري شيء قبل البيع فيجعل مضمونا بالقيمة عند تعذر إيجاب المسمى كضمان الغصب . وقوله (فيضمنه) أى فيضمن المرتهن ما قبض رهنا عن الدين الموعود . قال (ويصح الرهن برأس مال السلم الخ) قال زفر رحمه الله : حكم الرهن الاستيفاء وهو واضح (وهذا) أى أخذ الرهن عن هذه الأشياء ليس باستيفاء لعدم المجانسة فكان استبدالاً ، وباب الاستبدال فيها مسدود . قلنا : هو استيفاء لوجود المجانسة من حيث المالية ، فإن الاستيفاء فى الرهن إنما هو من حيث المالية . وأما عين الرهن فهو أمانة عنده ، كما لو كان الرهن عبداً فذات كان كفته على الراهن ، والأعيان من حيث المالية جنس واحد . فإن قيل : لو كان كذلك لصح الاستبدال فى رأس المال فى الصرف والسلم لوجود المجانسة من حيث المالية . فالجواب أن هذا غلط ، لأننا إنما اعتبرنا التجانس من حيث المالية فى الرهن لقيام الدليل على كونه مضمونا من حيث المالية ، وعلى تعذر تملك العين لكونه أمانة وفى الاستبدال لا يكتفى بذلك لاحتياجه إلى تملك العين أيضا . وقوله (لفوات القبض حقيقة وحكما) أما حقيقة فظاهر ، وأما حكما فلأن المرتهن إنما يصير قابضا بالهلاك وكان بعد التفرق . وقوله (يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبس) بالرفع لكونه حتى بمعنى الفاء على ما عرف . وقوله (لأنه بدله) أى لأن رأس المال بدل المسلم فيه ، وبدل الشيء يقوم مقامه كالرهن بالمغضوب إذا هلك فإنه رهن بقيمته ، وهذا الذى ذكره جواب الاستحسان . وفى

(قوله وهذا إذا ساوى قيمة ما استقرضه) أقول : فيه بحث فإنه إذا كان المسمى أقل من قيمته هلك بما سمي أيضا (قوله وإنما أطلق جريا على أن الظاهر الغالب) أقول : ممنوع (قوله وضمان المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ يجب بالمقد) أقول : الأصوب وضمان المبيع ضمان مبتدأ كما وقع فى غيره من الشروح ثم فى قوله يجب بالعقد بحث (قوله عند تعذر إيجاب المسمى) أقول : لانقضاء البيع وإن وجد القبض بجهة .

فصار كالمغضوب إذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته (ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه) لأنه رهنه به، وإن كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له أن يحبسه لأخذ المبيع لأن الثمن بدله، ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا؛ وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وأدى ثمنه له أن يحبسه ليستوفى الثمن، ثم لو هلك المشتري في يد المشتري يهلك بقيمته فكذا هذا. قال (ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب وأم الولد) لأن حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء، ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في الباقيين، ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس، وكذا بالقصاص في النفس وما دونها لتعذر الاستيفاء، بخلاف ما إذا كانت الجناية خطأ

قيمة الرهن مساوية للدين أو أكثر من ذلك (قوله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا) قال جمهور الشراح: يريد به قوله لأن الثمن بدله. أقول: ليس هذا بتفسير سديد، لأن كون الثمن بدل العبد المبيع لا يقتضي أن يكون هلاك المرهون بالثمن دون المبيع:

القياس: ليس له أن يحبسه لأن ذلك الرهن كان بالمسلم فيه وقد سقط. ورأس المال دين آخر واجب بسبب آخر هو والقبض فلا يكون رهنا به، كما لو كان له على آخر عشرة دراهم ودنانير فزهن بالدنانير رهنا ثم أبرأه المرتهن عن الدنانير فإنه لا يكون رهنا بالدراهم. والجواب أن الدراهم ليست بدلا من الدنانير بخلاف السلم. وقوله (ولو هلك الرهن الخ) أى لو هلك الرهن في يد رب السلم بعد التفاسخ هلك بالطعام المسلم فيه حتى لم يبق أرب السلم مطالبة المسلم إليه بالطعام لأنه رهن به، وإن كان محبوسا بغيره: أى بغير المسلم فيه وهو رأس المال. وقوله (هلك بالطعام) يشير إلى أنه لم يهلك برأس المال فعلى المرتهن وهو رب السلم أن يعطى مثل الطعام الذى كان على المسلم إليه ويأخذ رأس المال، لأن قبض الرهن صارت ماليته مضمونة بطعام السلم، وقد بقي حكم الرهن إلى أن هلك فصار بهلاك الرهن مستوفيا طعام السلم. ولو استوفاه حقيقة قبل الإقالة ثم تقايلا أو بعد الإقالة لزمه رد المستوفى واسترداد رأس المال فكذلك هاهنا، وهذا لأن الإقالة في باب السلم لا تحتل الفسخ بعد ثبوتها، فهلاك الرهن لا يبطل الإقالة. فإن قيل: ذمة رب السلم اشتغلت بمالية الرهن من الدراهم بقدر مالية الطعام وله على المسلم إليه دين من جنس مالية الرهن وهو رأس المال فوجب القصاص ولا يلزم على المسلم إليه رد الطعام. أجيب بأننا لانسلم أن مالية الرهن هاهنا من الدراهم، فإن تقدير مالية الأشياء بالنقود ليس بحتم، وإنما جاء الشرع بتقديره بها تيسيرا فلا يقتضى الحجز على التقدير بغيرها، ولما جعل الرهن بالطعام مع علمهما بأنه عقد استيفاء كان ذلك منهما تقدير المالية بالطعام تحقيقا لغرضهما، فكان الرهن من جنس الطعام تقديرا، فعند هلاكه اشتغلت الذمة بالطعام دون الدراهم. فلا يكون ما عليه للمسلم إليه من جنس ماله على المسلم إليه حتى يلتقي قصاصا. بل يلزمه رد مثل الطعام المسلم فيه لأنه استوفى المسلم فيه، والإقالة متقررة لما مر آنفا أنها لا تحتل الفسخ. وقوله (لما بينا) يريد به قوله لأن الثمن بدله. وقوله (وأدى ثمنه له أن يحبسه) يعنى أدى ثمنه ثم أراد فسخه للمشتري أن يحبس العبد لاستيفاء الثمن، لأن العبد هناك بمنزلة الرهن عند المشتري لاستيفاء ثمنه من البائع، فإن هلك المشتري بعد الحبس في يده هلك بقيمته. قال (ولا يجوز رهن الحر والمدبر الخ) كلامه واضح. وقوله (وقيام المانع في الباقيين) يعنى حق الحرية، ولهذا أوطرأت هذه التصرفات أبطلته، فإذا كانت مقارنة منعت. وقوله (ولا يجوز بالكفالة بالنفس) لمعنيين: أحدهما ما ذكره في الكتاب أن استيفاء المكفول به من الرهن غير ممكن. والثاني أن المكفول به غير مضمون في نفسه، فإنه لو هلك لم يجب شيء وهما جاريان في القصاص في النفس وما دونه. وأما لو رهن عن بدل الصلح فيهما فإنه صحيح لأن البذل

(قوله حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم إليه) أقول: فيه بحث، فإنه لم تبق ذلك بالتفاسخ قبل أن يهلك الرهن (قوله ولا يلزم على المسلم إليه رد الطعام) أقول: قوله على المسلم إليه متعلق بقوله رد الطعام. ثم أقول: الصواب أن يقال: ولا يلزم على رب السلم رد الطعام إذ الكلام فيه كما لا يخفى (قوله وقوله لما بينا يريد به قوله لأن الثمن بدله) أقول: بل يريد به قوله لأنه رهن به وإن

لأن استيفاء الأرض من الرهن ممكن (ولا يجوز الرهن بالشفعة) لأن المبيع غير مضمون على المشتري (ولا بالعبد الجاني والعبد المأذون المديون) لأنه غير مضمون على المولى ؛ فإنه لو هلك لا يجب عليه شيء (ولا بأجرة النائحة والمغنية ، حتى لو ضاع لم يكن مضمونا) لأنه لا يقابله شيء مضمون (ولا يجوز للمسلم أن يرهن خمرًا أو يرهنه من مسلم أو ذمي) لتعذر الإبقاء والاستيفاء في حق المسلم ، ثم الراهن إذا كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمي كما إذا غصبه ، وإن كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه ، بخلاف ما إذا جرى ذلك فيما بينهم لأنها مال في حقهم . أما الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارتهاها فيما بينهم ، كما لا يجوز فيما بين المسلمين بحال (ولو اشترى عبدا ورهن بضمنه عبدا أو خلا أو شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حراً أو الخلل خمرًا أو الشاة ميتة فالرهن مضمون لأنه رهنه بدين واجب ظاهراً) وكذا إذا قتل عبدا ورهن بقيمته رهنًا ثم ظهر أنه حر) وهذا كله على ظاهر الرواية (وكذا إذا صالح على إنكار ورهن بما صالح عليه رهنًا ثم تصادقا أن لادين فالرهن مضمون) وعن أبي يوسف خلافه : وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه . قال (ويجوز للأب أن يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير) لأنه يملك الإيداع ، وهذا أنظر في حق الصبي منه ، لأن قيام المرتهن بحفظه أبلغ خيفة الغرامة (ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك أمانة والوصى بمنزلة الأب) في هذا

الآ يرى أن رأس المال في المسئلة الأولى كان بدل الطعام المسلم فيه مع أن هلاك الرهن بعد التفاسخ هناك كان بالمبيع دون الثمن . والصواب أن مراد المصنف بقوله لما بينا إنما هو الإشارة إلى قوله لأنه رهنه به وإن كان محبوسا بغيره : يعنى أن هلاك المرهون بما هو الأصل حين انعقاد الرهن وإن كان المرهون محبوسا قبل الهلاك بغيره أيضا لقيامه مقامه ، وبهذا يتم كون المسئلة الثانية

مضمون بنفسه ، بخلاف ما إذا كانت الجناية خطأ ، لأن (استيفاء الأرض من الرهن ممكن ، ولو صالح عنها على عين ثم رهن بها رهنًا لم يصح لأنه غير مضمون ، فإنه إذا هلك ينفسخ الصلح فكان كالمبيع . وقوله (ولا يجوز بالشفعة) صورته أن يطلب الشفيع الشفعة ويقضى القاضى بذلك فيقول للمشتري أعطني رهنًا بالدار المشفوعة . وقوله (حتى لو ضاع) يعنى الرهن لم يكن مضمونا لأنه لا يقابله شيء مضمون ، ألا ترى أنهما لو رفعوا الأمر إلى القاضى قبل الرهن فإنه لا يأمر المستأجر بتسليم الأجر . وقوله (فالرهن مضمون) يعنى بالأقل ومن قيمته من قيمة الرهن (لأنه رهنه بدين واجب ظاهراً) ألا ترى أن البائع والمشتري لو اختصما إلى القاضى قبل ظهور الحرية والاستحقاق فالقاضى يقضى بالثمن وجوب الدين ظاهراً يكفي لصحة الرهن ولصيرورته مضمونا . وقوله (ثم ظهر أنه) أى العبد المقتول (حر) وقد هلك الرهن فإنه يهلك بالأقل من قيمته ومن قيمة الرهن . وقوله (ثم تصادقا أن لادين فالرهن مضمون) يعنى في ظاهر الرواية : وجهه ما ذكرنا أنه قبض بثلث مضمون ظاهراً فكان كالدين الثابت حقيقة . وعن أبي يوسف رحمه الله خلافه : يعنى ليس عليه أن يرد شيئاً لأنهما لما تصادقا أن لادين فقد تصادقا على علم الضمان ، وتصادقهما حجة في حقهما والاستيفاء بدون الدين لا يتصور . وقوله (وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه) يعنى أن الرواية عن أبي يوسف محفوظة في مسألة الصلح عن إنكار والمشايخ قالوا القياس يقتضى أن يكون حكم المسائل الباقية مسألة العبد والخلل والشاة كذلك . وقوله (لابنه الصغير) احتراز عن الابن الكبير . فإنه لا يجوز للأب أن يرهن عبده بدين نفسه إلا بإذن الابن .

كان محبوسا بغيره (قال المصنف : لأن الاستيفاء من الأرض ممكن) أتول : تأمل في تصحيحه ، وذلك بتقدير المضاف : أى من رهن لأرض ، ولو قال : لأن استيفاء الأرض من الرهن لكان بعيداً من التكلف (قوله والثاني أن المكفول غير مضمون به في نفسه الخ) نول : ولا يبعد أن يدعى انطواء التبايل الأول على الثاني ، فإن تعذر الاستيفاء يجوز أن يكون لعدم مضمونية ما يقابله ، إذ الاستيفاء تلو وجوب على ما مر مراراً .

الباب لما بينا . وعن أبي يوسف وزفر أنه لا يجوز ذلك منها ، وهو القياس اعتبارا بحقيقة الإيفاء . ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان أن في حقيقة الإيفاء إزالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال . وفي هذا نصب حافظ لماله ناجزا مع بقاء ماكه فوضح الفرق (وإذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه لو هلك في يده ويصير الأب) أو الوصي (موفيا له ويضمنه للصبي) لأنه قضى دينه بماله ، وكذا لو ساعط المرتهن على بيعه لأنه توكيل بالبيع وهما يملكانه . قالوا : أصل هذه المسئلة البيع ، فإن الأب أو الوصي إذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما ، وعند أبي يوسف لا تقع المقاصة ، وكذا وكيل البائع بالبيع والرهن نظير البيع نظرا إلى عاقبته من حيث وجوب الضمان (وإذا رهن الأب متاع الصغير من نفسه أو من ابن له صغير أو عبده له تاجر لادين عليه جاز) لأن الأب لو فور شفقتة أنزل منزلة شخصين وأقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد (ولو ارتهنه الوصي من نفسه أو من هذين أو رهنا عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجوز) لأنه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع ، وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه إلحاقا له بالأب ، والرهن من ابنه الصغير

نظيرا للمسئلة الأولى تأمل تفهم (قوله وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه) قال صاحب الغاية : أي كما أن الأب والوصي يضمنان للصبي إذا هلك عبده الذي رهناه عند المرتهن فكذلك يضمنان إذا سلطا المرتهن على بيعه فباعه انتهى . أقول : ليس هذا بشرح صحيح ، إذ يأتي عنه جدا قول المصنف في التعليل لأنه توكيل بالبيع وهما يملكانه . والصواب أن مراد المصنف هاهنا هو أن الأب والوصي كما يجوز لهما أن يرهننا بدين عليهما عبدا للصغير كذلك يجوز لهما أن يسلطا المرتهن على بيع ذلك العبد ، فحينئذ ينظم التعليل المذكور ويظهر وجه ترك المصنف قيد فباعه بعد قوله وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه ، إذ لو كان مراده ما زعمه الشارح المزبور لكان ذكر ذلك القيد بما لا بد منه : بل كان عليه أن يزيد على ذلك القيد شيئا آخر وهو أن يقول وأخذ ثمنه لنفسه بدل دينه على الراهن ، إذ لو جعل ثمنه رهنا موضع عينه ولم يتلفه لا يضمنان شيئا للصبي لأنهما يملكان رهن مال الصبي بدين عليهما ويملكان التوكيل ببيع ماله ، فن أين يلزمهما الضمان بمجرد تسليطهما المرتهن على بيعه وبيع المرتهن إياه إذا لم يتلف المرتهن ثمنه بل حفظه بدل المبيع (قوله وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه إلحاقا له بالأب) قلت : قوله إلحاقا له بالأب

وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله وهذا أنظر في حق الصبي ، فإن هلك الرهن في يد المرتهن هلك بما فيه ويضمن الأب والوصي للصغير قيمة الرهن إذا كانت مثل الدين ، وإن كانت القيمة أكثر ضمنا مقدار الدين دون الزيادة لأنهما فيها مودع ولهما الولاية على ذلك . وقوله (وعند أبي يوسف لا تقع المقاصة) بل يبقى دين الغريم على الأب كما كان ويصير للصغير الثمن على المشتري . وقوله (وإذا رهن الأب متاع ابنه الصغير) يريد بيان جواز أن يكون الأب رهننا ومرتهنا بالنسبة إلى مال واحد وهو أن يكون له دين على ابنه الصغير فيأخذ شيئا رهنا من متاعه فيكون رهننا من جهة ابنه ومرتهنا لذاته . وقوله (أو عبده له تاجر لا دين عليه) قيد بذلك لأن الشبهة على ذلك التقدير : أما إذا كان عليه دين فلا شك في جوازه وذلك لأنه يجوز من الوصي فلأن يجوز من الأب أولى ، فلو رهن الوصي من عبده ولا دين عليه لم يجوز : وذلك لأننا نجعل رهنه من عبده الذي لا دين عليه في الموضعين كرهنه من نفسه ، إلا أنه لو رهن الأب من نفسه جاز فكذا إذا رهن من عبده ، والوصي لو رهن من نفسه لم يجوز فكذا من عبده ، وهذا بناء على أن بيع الأب مال ولده من نفسه جائز ، وإن لم يكن في ذلك منفعة ظاهرة بأن باع بمثل القيمة من نفسه فكذا جاز رهنه وإن كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة . وأما بيع الوصي من نفسه فلا يجوز عندهم جميعا بمثل القيمة فكذا رهنه

(قال المصنف : وعن أبي يوسف وزفر أنه لا يجوز ذلك منها وهو القياس) أقول : فينبغي أن يكون هذا رواية ظاهرة عن زفر فلا يناسبه كلمة عن (قوله لادين عليه في الموضعين) أقول : يعنى الأب والوصي (قوله وإن كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة) أقول : بل بأقل من

وعبد التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه . بخلاف ابنه الكبير وأبيه وعبد الذي عليه دين لأنه لا ولاية له عليهم ، بخلاف الوكيل بالبيع إذا باع من هؤلاء لأنه متهم فيه ولا مهمة في الرهن لأن له حكما واحدا (وإن استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فلهن به متاعا لليتيم جاز) لأن الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع إيفاء للحق فيجوز (وكذلك لو اتجر لليتيم فارتن أو رهن) لأن الأولى له التجارة تسميرا لمال اليتيم فلا يجد بدا من الارتهان والرهن لأنه إيفاء واستيفاء (وإذا رهن الأب متاع الصغير فأدرك الابن ومات الأب ليس للابن أن يردّه حتى يقضى الدين) لوقوعه لازما من جانبه إذ تصرف الأب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه (ولو كان الأب رهنه لنفسه فقتضاه الابن رجع به في مال الأب) لأنه مضطر فيه لحاجته إلى إحياء ملكه فأشبه معير الرهن (وكذا إذا هلك قبل أن يفتكه) لأن الأب يصير قاضيا دينه بماله فله أن يرجع عليه (ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز) لاشتماله على أمرين جائزين (فإن هلك ضمن الأب حصته من ذلك للولد) لإيفائه دينه من ماله بهذا المقدار ، وكذلك الوصي ، وكذلك الجد أب الأب إذا لم يكن الأب أو وصي الأب (ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فإنه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم) لأن فعل الوصي

علة للمنفى دون النفي تأمل تقف (قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على أمرين جائزين) قال صاحب العناية : يريد به رهن الأب والوصي متاع الصغير لدين على نفسه ورهنهما ذلك لدين على الصغير ، وعلى هذا المعنى رأى جمهور الشراح هاهنا . أقول : فيه بعد عما يتحملة كلام المصنف ، فإن الذي ذكره المصنف فيما قبل إنما هو رهن الأب متاع الصغير لدين على نفسه أو لدين على الصغير دون رهن الوصي إياه ، فالظاهر أن الضمير في قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير راجع إلى الأب فقط ، فدرج رهن الوصي أيضا في بيان مراد المصنف هاهنا لا يناسب سياق كلامه . وأيضا قال المصنف فيما بعد : وكذلك الوصي وكذلك الجد أب الأب إذا لم يكن الأب أو وصي الأب . ولا يخفى أن هذا العطف والتشبيه يقتضى أن يكون قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير مخصوصا بالأب ، فدرج الوصي في مضمونه لا يناسب لحاق كلامه . فالحق في شرح هذا المقام ما ذكره صاحب العناية حيث قال : أراد بهما رهن الأب متاع الصغير بدين نفسه وبدين على الصغير انتهى . ثم قال صاحب العناية في بيان وجه قول المصنف لاشتماله على أمرين جائزين : وذلك لأنه لما ملك أن يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد ملك بدينهما لأن كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن يثبت لكل دون العكس انتهى . أقول : في هذه الكلية منع ظاهر ، ألا يرى أن إنسانا أو فرسا يطبق تحمل كل واحد من أجزاء البيت المركب من الأحجار والأشجار مثلا ولا يطبق تحمل الكل قطعا ، وإن رجلا شجاعا يطبق مقابلة كل واحد من آحاد العسكر على الانفراد

من نفسه على ما ذكره في الكتاب وهو واضح ، فالضمير في قوله من ابنه الصغير وابن الكبير وعبد الوصي . وقوله (لأن له حكما واحدا) يريد كونه مضمونا بالأقل من القيمة والدين ، سواء رهنه عند هؤلاء أو عند أجنبي . وقوله (وإذا رهن الأب متاع الصغير) يعني سواء كان لنفسه أو للصغير . وقوله (ومات الأب) قيد اتفاق ، لأنه لو كان حيا كان الحكم كذلك . ثم إذا قضى الابن دين المرتن ، فإن كان الرهن لنفسه فذاك ، وإن كان لوالده فله أن يرجع في مال والده لأنه مضطر فيه على ما ذكر في الكتاب . وقوله (لاشتماله على أمرين جائزين) يريد به رهن الأب والوصي متاع الصغير بدين على نفسه ورهنهما ذلك بدين على الصغير ، وذلك لأنه لما ملك أن يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد ملك بدينهما ، لأن كل ما جاز أن يثبت لكل

الدين والقيمة . لا يقال : بئى كلامه على الأغلب وهو مساواة الدين الرهن لأنه ممنوع كما سبق (قوله فإن كان الرهن لنفسه) أقول :

كفعله بنفسه بعد البلوغ لأنه استعاره لحاجة الصبي . والحكم فيه هذا على ما نبينه إن شاء الله تعالى (والمال دين على الوصي) معناه هو المطالب به (ثم يرجع بذلك على الصبي) لأنه غير متعد في هذه الاستعارة إذ هي لحاجة الصبي (ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي) لأنه متعد إذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه (ولو غصبه الوصي بعد ما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن لقيمته) لأنه متعد في حق المرتن بالغصب والاستعمال . وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه : فيقتضي به الدين إن كان قد حل (فإن كان قيمته مثل الدين أداه إلى المرتن ولا يرجع على اليتيم) لأنه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصا (وإن كانت قيمته أقل) من الدين (أدى قدر القيمة إلى المرتن وأدى الزيادة من مال اليتيم) لأن المضمون عليه قدر القيمة لا غير (وإن كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أدى قدر الدين من القيمة إلى المرتن والفضل لليتيم : وإن كان لم يحل الدين فالقيمة رهن) لأنه ضامن للمرتن بتفويت حقه المحترم فتكون رهنا عنده ، ثم إذا حل الأجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه (واو أنه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمه لحق المرتن ولا يضمه لحق الصغير) لأن استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد . وكذا الأخذ لأن له ولاية أخذ مال اليتيم ، ولهذا قال في كتاب الإقرار : إذا أقر الأب أو الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لأنه لا يتصور غصبه لما أن له ولاية الأخذ ، فإذا هلك في يده يضمه للمرتن

ولا يطبق مقابلة مجموع العسكر معا ، وهذا في الأمور الخارجية . وأما في الأحكام الشرعية فكما أنه يجوز لرجل أن يجامع كل واحدة من الأختين منفردة عن الأخرى بملك نكاح أو بملك يمين ولا يجوز له أن يجمعهما معا في الجماع بشيء من ذبك السبين ، ولعل سائر الشراح وصاحب الكافي تنبهوا لعدم صحة الكلية فقالوا في البيان والتعليل : وذلك لأنه لما ملك أن يرهن بدين كل واحد منهما على الانفرد فكذلك يد بينهما ولم يزيدوا على هذا المقدار شيئا . لكن لا يخفى على الفطن المتأمل أن تعليلهم المذكور بدون تلك الكلية لا يفيد الشفاء في إثبات المدعى هنا . ثم إن بعض الفضلاء لما تنبه لاختلال الكلية الواقعة في كلام صاحب العناية قصد الإصلاح حيث قيد قوله لأن كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن يثبت لكل بآن قال : إذا لم يمنع مانع كما في الجمع بين الأختين وسائر ما لا يجوز الجمع بينهما . أقول : هذا التقييد يخل بالمقام ، أما أولا فلأن التعليل المذكور لا يثبت إثباتا للمدعى حينئذ ، فإن عدم تحقق المانع فيما نحن فيه أول المسئلة ، إذ لو كان بينا في نفسه لما احتيج إلى ذكر جواز رهن الأب متاع الصغير بدين على نفسه وبدين على الصغير بعد أن ذكر فيما قبل جواز رهنه بإياه بكل واحد منهما . وأما ثانيا فلأنه لا يثبت حينئذ قول صاحب العناية دون العكس ، فإن ما يثبت لكل يجوز أن يثبت للجزء إذا لم يمنع عنه مانع سيما في الأمور الهيئية (قوله) ولهذا قال في كتاب الإقرار : إذا أقر الأب أو الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لأنه لا يتصور غصبه لما أن له ولاية الأخذ (وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال : لم لا يكون إقرارا بالاستعمال في حاجته فإنه متعد فيه

واحد من أجزاء المركب جاز أن يثبت لكل دون العكس . وقوله (كفعله بنفسه) أي كفعل اليتيم بنفسه . وقوله (والحكم فيه هذا) يعني لو كان اليتيم بالغاً فرهن متاعه بنفسه ثم استعاره من المرتن فهلك في يده لم يسقط الدين ، لأن عند هلاك الرهن يصير المرتن مستوفيا ، ولا يمكن أن يجعل صاحب الدين مستوفيا لدينه باعتبار يد المديون . وإذا لم يسقط الدين بهلاكه يرجع المرتن على الوصي بالدين كما كان يرجع به قبل الرهن ، ويرجع به الوصي على اليتيم وقد ضاعت العين من مال اليتيم ، لأنه إنما استعاره لحاجة اليتيم . وقوله (يضمه لحق المرتن) يعني قدر الدين ، ولا يضمه لحق الصغير : يعني قدر الزيادة على الدين . وقوله

أي لمصلحة نفسه (قوله جاز أن يثبت لكل) أقول : إذا لم يمنع مانع كما في الجمع بين الأختين وسائر ما لا يجوز الجمع بينهما (قوله دون العكس) أقول : كما في الوكيلين والوصيين لا يجوز التصرف لكل واحد (قال المصنف : لما أن له ولاية الأخذ) أقول : لم لا يكون إقرارا بالاستعمال في حاجته فإنه متعد فيه ولهذا يضمه .

بأخذه بدينه إن كان قد حلّ ، ويرجع الوصيّ على الصغير لأنه ليس بمتمتع بل هو عامل له . وإن كان لم يحل يكون رهنا عند المرتين . ثم إذا حل الدين يأخذ دينه منه ويرجع الوصي على الصبي بذلك لما ذكرنا . قال (ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون) لأنه يتحقق الاستيفاء منه فيكون محلا للرهن (فإن رهنهت بجنسها فهلكت هلكة بمثلها من الدين وإن اختلفا في الجودة) لأنه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها . وهذا عند أبي حنيفة لأن عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة . وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه (وفي الجامع الصغير : فإن رهن إبريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاض فهو بما فيه) قال رضي الله عنه : معناه أن نكون قيمته مثل وزنه أو أكثر . هذا الجواب في الوجهين بالاتفاق : لأن الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة ، وهي مثل الدين في الأول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا (فإن كان قيمته أقل من الدين فهو على الخلاف) المذكور . لما أنه لا وجه إلى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتتين . ولا إلى اعتبار القيمة لأنه يؤدي إلى الربا فصرنا إلى التضمين . بخلاف الجنس أين تقض القرض ويجعل مكانه ثم يتملكه . وإله أن الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها . واستيفاء الجيد بالردىء جائز كما إذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء بالإجماع ولهذا يحتاج إلى نقضه ، ولا يمكن نقضه بإيجاب

ولهذا يضمنه انتهى . أقول : ليس ذلك بشيء فإن الاستعمال في حاجة نفسه ليس بداخل في حقيقة الغصب ولا أمر لازم له . إذ الغصب في اللغة أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب . وفي الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده كما مر ذلك كله في صدر كتاب الغصب ، ولا شك في عدم دخول الاستعمال في حاجة نفسه في شيء من معني الغصب ولا في عدم لزومه لشيء منهما فكيف يكون الإقرار بالغصب إقرارا بالاستعمال في حاجته (قوله وفي الجامع الصغير : فإن رهن إبريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاض فهو بما فيه) قال في العناية : وأتى برواية الجامع الصغير لاحتياجها إلى تفصيل

(يأخذه بدينه) أي يأخذ المرتين ماضنه الوصيّ بمقابلة دينه فصله عما قبله للاستئناف . وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأنه ليس بمتمتع بل هو عامل له (قال : ويجوز رهن الدراهم والدنانير) قد علمت أن كل ما يمكن الاستيفاء منه جاز أن يرهن بدين مضمون والدراهم والدنانير على هذه الصفة فيجوز رهنها . فإن رهنهت بجنسها وهلكت هلكة بمثلها من الدين وإن اختلفا في الجودة ، ولا معتبر بالجودة لسقوطها عند المقابلة بجنسها عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه ، وأتى برواية الجامع الصغير لاحتياجها إلى تفصيل ذكره . وقوله (فهو بما فيه) يعني فذلك الرهن يباع بمقابلة الدين كله . وقوله (في الوجهين) يريد به ما يكون قيمته مثل وزنه أو أكثر على ما ذكره في الكتاب . وقوله (على الخلاف المذكور) يعني عند أبي حنيفة رحمه الله يهلك بالدين ، وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ، وقوله (ثم يتملكه) يعني الراهن يتملك الرهن الذي جعل مكان الرهن الأول . وقوله (واستيفاء الجيد بالردىء جائز) قال في النهاية : هكذا وقع في النسخ ، ولكن الأصح أن يقال : واستيفاء الردىء بالجيد جائز ، وإنما قلنا إن هذا أصح لوجهين : أحدهما أن الاستدلال بقوله كما إذا تجوز به أي في بدل الصرف والسلم يؤذن أن الأصح أن يقال : واستيفاء الردىء بالجيد ، لأن التجوز إنما يستعمل فيما إذا أخذ الردىء مكان الجيد ، ولأن جواز استيفاء الجيد بالردىء لا شبهة لأحد فيه فلا يحتاج إلى الاستدلال بشيء آخر . والثاني الاستدلال بوضع المسئلة . فإن وضع المسئلة فيما إذا استوفى المرتين بعشرته قيمة إبريق هي أقل من العشرة لرداءته فكان المرتين مستوفيا الردىء بمقابلة جيده . وأرى أن ما في النسخ حق ويفيد ما يرويه صاحب النهاية رحمه الله فليتأمل . وقوله (وقد حصل الاستيفاء بالإجماع)

(قوله والدراهم والدنانير) أقول : والمكيل والموزون كذلك ، وإنما لم يذكرهما اكتفاء بذكر الدراهم والدنانير (قوله وأتى برواية الجامع الصغير لاحتياجها إلى تفصيل ذكره) أقول : لا يخفى أن رواية القمهورى أيضا محتاجة إلى التفصيل .

الضمان لأنه لايد له من مطالب ومطالب : وكذا الإنسان لا يضمن ملك نفسه ويتعذر التضمين يتعذر النقض وقيل هذه فريضة ما إذا استوفى الزیوف مكان الجیاد فهلكت ثم علم بالزیافة يمنع الاستيفاء وهو معروف . غير أن البناء لا يصح على ما هو المشهور لأن محمدا فيها مع أبي حنيفة وفي هذا مع أبي يوسف . والفرق لمحمد أنه قبض الزیوف ليستوفى من عينها ، والزیافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفى من محل آخر فلا بد من نقض القبض : وقد أمكن عنده بالتضمنين : ولو انكسر الإبريق ففي الوجه الأول وهو ما إذا كانت

ما ذكره انتهى . وقال بعض الفضلاء طعنا فيه : لا يخفى أن رواية القدوري أيضا محتاجة إلى التفصيل انتهى . أقول : هذا كلام لغو ، إذ لا يخفى أن رواية القدوري ليست بمحتاجة إلى تفصيل كثير مثل ما تحتاج إليه رواية الجامع الصغير ، وليس مراد صاحب العناية أن رواية الجامع الصغير محتاجة إلى تفصيل ما حتى يقال : إن رواية القدوري أيضا محتاجة إلى ذلك ؛ بل مراده أن رواية الجامع الصغير محتاجة إلى تفصيل كثير زائد على ما احتاج إليه رواية القدوري كما أتمه المصنف في مقدار تمام جانبي الورقة . وقد أشار إليه صاحب العناية بقوله إلى تفصيل ذكره فلما ما قاله ذلك البعض كما لا يخفى (قوله والفرق لمحمد رحمه الله) قال صاحب النهاية : أي على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة . واقتنى أثره في هذا التفسير جماعة من الشراح منهم

لما عرف أن بقبض الرهن يثبت الاستيفاء ولا ينتقض إلا بالرد : والفرض عدمه ، ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان لأنه لا بد له من مطالب وهو إما أن يكون الراهن أو المرتهن ، لاسبيل إلى الأول لكونه متعنتا لطالبه ما يضره ، ولا المرتهن لأنه مطالب فلا يكون مطالباً ، ولأنه يلزم تضمين الإنسان ملك نفسه لنفسه ، وإذا لم يمكن نقضه تعذر التضمين . وقوله (قيل وهذه فريضة ما إذا الخ) إنما يتصور جعلها فريضة تلك بناء على ما روى عيسى بن أبان رحمه الله أن محمداً مع أبي يوسف رحمهما الله في تلك المسئلة . وأما على الرواية المشهورة فلا يتصور لأن محمداً فيها مع أبي حنيفة رحمه الله وفي هذه مع أبي يوسف رحمه الله . وقوله (والفرق لمحمد) يعني على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة أنه أي رب الدين قبض الزیوف ليستوفى حقه من عينها : أي أن يكون عينها مقام ماله عليه من الدين والزیافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك ، وللمرتهن قبض الرهن ليستوفى دينه من محل آخر فكان قابلاً لردّه بالضمان وأخذ مثل حقه فينتقض القبض . ووجه البناء ما قيل إن الزیف مقبوض للاستيفاء فيكون بمنزلة المقبوض لحقيقة الاستيفاء ، وهناك المستوفى إذا تعلق ردّه بالهلاك يسقط حقه ولا يرجع بشيء عند أبي حنيفة لمكان الجوده ، فكذا في الرهن ، وعندهما هناك يضمن مثل المستوفى ويقام ردّ المثل مقام ردّ العين لمراعاة حقه في الجوده فكذلك في الرهن . قال شيخ الإسلام رحمه الله في مبسوطه : ولكن جعله هذه المسئلة مبتدأة أولى ، لأنه وجد هاهنا للمرتهن الرضا بالاستيفاء من الرهن عند الهلاك لعلمه أن بالهلاك يصير مستوفياً دينه باعتبار الوزن ولم يوجد ثمة . وقوله (ولو انكسر الإبريق) كان الكلام فيما مر من حيث هلاك الرهن وهاهنا من حيث انكساره ، ولو انكسر الإبريق وكانت قيمته مثل وزنه قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله : لا يجبر الراهن على الفكاك لأنه إن أجبر عليه فإما أن يكون مع ذهاب شيء من الدين أو مع كماله وهو نقصان من جهة الرهن ، لا وجه إلى الأول لأنه : أي المرتهن يصير قاضياً دينه بالجوده على الأفراد ، فإنه

(قال المصنف : وقيل هذه فريضة ما إذا استوفى الزیوف مكان الجیاد الخ) أقول : فإن قلت : لأولوية لكون هذه فرع تلك دون العكس ، بل الظاهر أن كليهما فرعاً أصل واحد . قلت : بين كيفية التفرع في الشروح فراجعها (قوله يعني على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة) أقول : فيه بحث ، إذ ينهد حينئذ أمر البناء : يعني بناء على قول محمد كما لا يخفى على أولى النهي ، إلا أن يقال : المراد كونها بناء عليها على قول أبي حنيفة وأبي يوسف (قوله وعندهما) أقول : على رواية عيسى بن أبان (قوله لعلمه بأن الهلاك) أقول : هذا العلم بعد تقرير المسئلة والكلام فيه (قوله فإما أن يكون مع ذهاب شيء من الدين أو مع كماله) أقول : يعني أو مع كمال الدين .

قيمته مثل وزنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجبر على الفكاك لأنه لا وجه إلى أن يذهب شيء من الدين لأنه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ، ولا إلى أن يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر فخيرناه ، إن شاء افتكه بما فيه وإن شاء ضمنه قيمته من جنسه أو خلاف جنسه وتكون رهنا عند المرتهن ، والمكسور للمرتهن بالضمان . وعند محمد إن شاء افتكه ناقصا وإن شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك ، وهذا لأنه لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلة الهلاك ، وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالإجماع فكذا فيما هو في معناه . قلنا : الاستيفاء عند الهلاك بالمالية ، وطريقه أن يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة وفي جعله بالدين إغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة أولى . وفي الوجه الثالث وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه أو رديئا من جنسه وتكون رهنا عنده ، وهذا بالاتفاق

صاحب العناية . أقول : لم أذكر كيف ذهبوا إلى هذا الشرح مع ظهور بطلانه ، إذ قد صرح المصنف بأن بناء هذه المسئلة على تلك المسئلة لا يصح على الرواية المشهورة في تلك المسئلة ، لأن محمدا فيها مع أبي حنيفة وفي هذه المسئلة مع أبي يوسف . وذكر الشراح أن بناء هذه على تلك إنما يتصور على ما روي عيسى بن أبان أن محمدا مع أبي يوسف في تلك المسئلة . ولا يخفى أن الفرق محمد بين المسئلتين إنما يتصور على الرواية المشهورة في تلك المسئلة دون رواية عيسى بن أبان فيها ، فإن قول محمد واحد في المسئلتين على روايته ، فالفرق لمحمد ينافي البناء قطعاً . والصواب في شرح هذا المحل أن يقال : أي على تقدير أن لا تكون هذه

لم ينقص من الدين إلا في مقابلة ما فات من جودة الإبريق بالكسر وذلك ربا ، ولا إلى الثاني لما فيه من الإضرار بالراهن لأن المرتهن قبض الرهن سليما عن العيب وبالنكسار صار معيبا فيصل إليه حقه ناقصا إذا لم يسقط شيء من دينه وذلك ضرر به لاحتالة فخيرناه بين أن يفتكه بما فيه : أي بالدين الذي في المكسور وهو جميع الدين ، وبين أن يضمن المرتهن قيمته من جنسه أو خلاف جنسه مصوغا فتكون رهنا عند المرتهن ويملك المكسور بالضمان . وقال محمد : إن شاء افتكه ناقصا ، وإن شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك ، وهذا لأنه لما تعذر الفكاك مجانا : يعني لما تقدم أنه لا وجه إلى أن يذهب شيء من الدين ولا أن يفتكه مع النقصان بقي أن يفتكه مجانا وهو متعذر فصار بمنزلة الهلاك في تعذر الفكاك وفي الحقيقي من الهلاك مضمون بالدين بالإجماع . فكذا فيما هو في معناه . وقلنا : الاستيفاء عند هلاك الرهن استيفاء بالمالية ، وكل ما هو استيفاء عند الهلاك بالمالية فطريقه أن يكون مضمونا بالقيمة لفوات عينه ، ثم تقع المقاصة بين الدينين وهو مشروع ، وفي جعله مضمونا بالدين إغلاق الرهن وهو الاختباس الكلي بأن يصير الرهن مملوكا كالمرتهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة أولى . وفي عبارته تسامح ، والحق فكان التضمين بالقيمة واجبا أو صوابا أو الصحيح أو ما شاكل ذلك . وقوله (وفي الوجه الثالث وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه) بأن يكون الوزن عشرة كالدين وقيمته ثمانية لوجود عشرة فيه يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه احترازا عن الربا أو رديئا من جنسه ، ويكون المضمون رهنا عنده إلى أن يحل الأجل ويكون المكسور له ، وهذا بالاتفاق . وأما عندهما فظاهر كما إذا كانت قيمته مثل وزنه في حالة الانكسار على ما مر ، وكذا عند محمد رحمه الله لأنه يعتبر الانكسار بالهلاك ، والهلاك عنده بالقيمة : يعني في هذا الفصل ، وهو ما إذا كانت قيمة الإبريق أقل من وزنه لا بالدين فكذا الانكسار ، وإنما قدم الوجه الثالث على الثاني لاحتياج الثاني إلى زيادة بيان فيه طول ، وفي الوجه الثاني وهو ما إذا كان وزنه عشرة كالدين وقيمته أكثر من وزنه اثني عشر لجودة وصناعة فيه عند أبي حنيفة رحمه الله يضمن جميع قيمته ويكون رهنا عنده . وعند أبي يوسف رحمه الله يضمن خمسة أسداس قيمته ويملك خمسة أسداس الإبريق ويفرز سدسه حذرا عن طريان الشيوخ ، فإن الطارئ منه فيه

(قوله وفي عبارته تسامح . والحق فكان التضمين بالقيمة واجبا أو صوابا أو الصحيح أو ما شاكل ذلك) أقول : فيه بحث (قوله احترازا عن الربا الخ) أقول : فيه بحث ، بل التقييد بالجيد للإيدان بأنه لا يلزم الربا في خلاف الجنس وإن ضمن بالجيد فليتأمل ، فإن مراده تعليل

أما عندهما فظاهر . وكذلك عند محمد لأنه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة . وفي الوجه الثاني وهو ما إذا كانت قيمته أكثر من وزنه اثني عشر عند أبي حنيفة يضمن جميع قيمته وتكون رهنا عنده ، لأن العبرة للوزن عنده للجودة والرداءة . فإن كان باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا ، وإن كان بعضه فبعضه . وهذا لأن الجودة تابعة للذات . ومتى صار الأصل مضمونا استحال أن يكون التابع أمانة . وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته . ويكون خمسة أسداس الإبريق له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون مع قيمته خمسة أسداس المكسور رهنا . فعنده تعتبر الجودة والرداءة . وتجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كأن وزنه اثنا عشر . وهذا لأن الجودة متقومة في ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة . بخلاف جنسها . وفي تصرف المريض وإن كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا فأمكن اعتبارها . وفي بيان

المسئلة بناء على تلك المسئلة كما هو مقتضى الرواية المشهورة فيها . بل كانت مسئلة مبتدأة كما هو الأصح كما ذكره شيخ الإسلام في مبسوطه ونقل عنه عامة الشراح هاهنا . ويفصح عما ذكرنا تحرير صاحب الكافي في هذا المقام حيث قال : وقيل هذه المسئلة فرع ما إذا استوفى الزیوف مكان الجیاد وهو لا یعلم به وهلكت الزیوف عنده ثم علم بالزیافة فإنه سقط دينه ولا شيء عليه في قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : يضمن مثل ما قبض ويأخذ مثل حقه . وقول محمد أولا كقول أبي حنيفة وآخرا كقول أبي يوسف . كذا ذكره عيسى بن أبان . والأصح أن هذه المسئلة مبتدأة لأن محمدا مع أبي حنيفة في تلك المسئلة في المشهور

كالمقارن كما تقدم . وعند محمد رحمه الله أن النقص بالانكسار إن كان درهما أو درهمين يجبر الراهن على الفكك بقضاء جميع الدين ، وإن كان أكثر من ذلك يجبر الراهن بين أن يجعل الرهن للمرتن بدينه وبين أن يسترده بقضاء جميع الدين . وفي وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن العبرة في الأموال الربوية للوزن لا للجودة والرداءة ، فإن كان الرهن باعتبار الوزن كله مضمونا كما إذا كان وزن الرهن مثل وزن الدين جعل الرهن كله مضمونا من حيث القيمة ، وإن كان بعضه مضمونا كما إذا كان وزن الرهن أكثر من وزن الدين فبعضه مضمون وهو مقدار الدين لا الزائد عليه . وتنقسم الجودة على المضمون والأمانة ، فحصة المضمون مضمونة وغيرها أمانة وهذا لأن الجودة تابعة للذات ، ومتى صار الأصل مضمونا استحال أن يكون التابع أمانة ، وفي مسئلتنا كان كله مضمونة من حيث الوزن لأن الفرض أن وزن الرهن مثل وزن الدين فيكون كله مضمونا من حيث القيمة لئلا يكون حكم البيع مخالفا لحكم الأصل . والفرق بين هذا وبين حالة الهلاك أن حالة الهلاك حالة استيفاء فيقع الفضل أمانة ، وهذه الحالة ليست كذلك عنده بل هي بمنزلة الغصب في كونها على خلاف رضا الراهن فيكون مضمونا بالقيمة كالغصب ، لكن بخلاف جنسه . وفي وجه قول أبي يوسف رحمه الله أن الضمان والأمانة يشيع في الوزن والجودة ، لأن الجودة متقومة في ذاتها بدليل اعتبارها عند المقابلة (بخلاف جنسها وفي تصرف المريض) فإنه إذا باع قنبرا وزنه عشرة وقيمته عشرون بعشرة لم يسلم للمشتري . ويعتبر خروجه من الثلث وإهدارها عند المقابلة بالجنس ثابت بالنص لالكونها هدرا في ذاتها فكانت زيادة القيمة بالجودة كالزيادة في الوزن فأمكن اعتبارها . ويصير خمسة أسداس الإبريق مضمونا لجودته وصنعتة وسدسه أمانة . فالتغير بالانكسار فيما هو أمانة لا يعتبر وفيما هو مضمون يعتبر . وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده أيضا فيضمن قيمة خمسة أسداسه من خلاف جنسه . وفي وجه قول محمد رحمه الله أن الوزن مضمون والجودة أمانة للمناسبة ، لأن الجودة تابعة للوزن لا تنفصل عنه ، وصفة الأمانة في المهور كذلك فيجعل الأصل في مقابلة الأصل والتبع بمقابلة التبع ، وإذا ظهر ذلك فإن زاد النقصان على الدرهمين وقع النقصان

تقييد ضمان الجيد بكونه خلاف جنسه ، فإن المرتن يملك عشرة دراهم لضمانه ثمانية إن ضمن قيمته جيدا من جنسه (قوله بخلاف جنسها) أقول : لئلا يلزم الربا ، فإنه إذا ضمن بجنس يملك المرتن عشرة دراهم بمقابلة اثني عشر (قوله فيضمن قيمته خمسة أسداسه من خلاف جنسه) أقول : حذرا عن الربا .

قول محمد نوع طول يعرف في موضعه من المبسوط والزيادات مع جميع شعبها . قال (ومن باع عبدا على أن يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا) والقياس أن لا يجوز : وعلى هذا القياس والاستحسان إذا باع شيئا على أن يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل . وجه القياس أنه صفقة في صفقة وهو منهى عنه . ولأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحدهما ، ومثله يفسد البيع . وجه الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد . لأن الكفالة والرهن للاستيثاق وأنه يلائم الوجوب : فإذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فصح العقد : وإذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا أو كان الكفيل غائبا حتى افتراقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقى الاعتبار لعينه فيفسد . ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل صح (ولو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه) وقال زفر : يجبر لأن الرهن إذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه . ونحن نقول : الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر على التبرعات (ولكن البائع بالخيار إن شاء رضى بترك الرهن وإن شاء فسخ البيع) لأنه وصف مرغوب فيه وما رضى إلا به فيتخير بفواته (إلا أن يدفع المشتري الثمن حالا) لحصول المقصود (أو يدفع قيمة الرهن رهنا) لأن يد الاستيفاء

ومع أبي يوسف في هذه المسئلة : والفرق لمحمد أنه قبض الزبوف إلى آخر كلامه تبصر (قوله فإذا كان الكفيل حاضرا بالمجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى) قال صاحب الكفاية : أى معنى الشرط وهو الملاءمة . أقول : ليس هذا بسديد . إذ يساعد تحرير المصنف قطعا ، فإنه قال بعد قوله اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فيصير معنى كلام المصنف على ما ذكره الشارح المذكور . وهو أى معنى الشرط الذى هو الملاءمة ملائم ولا حاصل له كما لا يخفى . فالحق أن مراد المصنف اعتبرنا فيه المعنى : أى معنى الشرط الذى هو الاستيثاق ، وهو أى هذا المعنى الذى هو الاستيثاق ملائم : أى ملائم للعقد لكونه مؤكدا موجب العقد فصح العقد : وهذا المعنى صحيح مطابق لقوله في وجه الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد ، لأن الكفالة والرهن للاستيثاق ، وأنه ملائم للوجوب (قوله وإذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا أو كان الكفيل غائبا حتى افتراقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة) أقول : فيه شيء ، وهو أن التعليل بقوله للجهالة قاصر عن إفادة تمام المدعى فإنه إنما يتمشى فيما إذا لم يكن الرهن والكفيل معينا لا فيما إذا كان الكفيل غائبا ، إذ الغيبة لا تقتضى الجهالة لحوا أن يكون معلوما معينا ولا يكون حاضرا في المجلس ، بل هو المراد بقوله أو كان الكفيل غائبا حيث جعله قسما لكون الرهن والكفيل غير معين ، اللهم إلا أن يقال : إن الجهالة المذكورة في التعليل تعم الجهالة من حيث الذات والجهالة من حيث المكان ، وإن الجهالة الثانية تتحقق فيما إذا كان الكفيل غائبا لكن فيه ما فيه تأمل . ثم إن صاحب العناية قال في شرح هذا المقام : يعنى أن جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط إنما كان باعتبار النظر إلى معناه ، وإذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فأت معناه وهو الاستيثاق ، لأن المشتري ربما أتى بشيء يساوى عشر حقه أو يعطى كفيلا غير ملىء ، وليس في ذلك من التوثق شيء فبقى الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقد انتهى . أقول : وفيه قصور . أما أولا

في المضمون وهو العشرة بالانكسار ، والانكسار عنده كالهلاك ، وفي هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفيا دينه ، فكذلك عند الانكسار يكون مضمونا بالدين ويتخير الراهن كما ذكرنا ، وإن لم يزد على الدرهمين وقع النقصان في الأمانة والرهن والمضمون باق على حاله فيجبر الراهن على الفكك كما لو لم ينقص منه شيء . واعلم أن الدرهم والدرهمين ليسا بحد فاصل في ذلك ، وإنما الفاصل نقصان مقدار الصناعة كائنا ما كان ، وإنما وقع الدرهمان هاهنا باعتبار أن الزيادة في المسئلة مفروضة بذلك . قال (ومن باع عبدا على أن يرهنه المشتري شيئا بعينه الخ) كلامه واضح . وقوله (لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة) يعنى أن جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط إنما كان بالنظر إلى معناه ، وإذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فأت معناه وهو الاستيثاق ، لأن المشتري ربما أتى بشيء يساوى عشر حقه أو يعطى كفيلا غير ملىء ، وليس في ذلك من التوثق شيء فبقى

تثبت على المعنى وهو القيمة . قال (ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال للبائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن) لأنه أتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس إلى وقت الإعطاء ، والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الأصل حوالة والحوالة في ضد ذلك كفالة . وقال زفر : لا يكون رهنا ومثله عن أنى يوسف ، لأن قوله أمسك يحتمل الرهن ويحتمل الإيداع ، والثاني أقلهما فيقضى بشبوته بخلاف ما إذا قال أمسكه بدينك أو بمالك ، لأنه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن . قلنا : لما مده إلى الإعطاء علم أن مراده الرهن .

(فصل)

ومن رهن عشرين بألف فقضى حصّة أحدهما لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدى باقى الدين) وحصّة كل واحد منهما ما يخصه إذا قسم الدين على قيمتهما ، وهذا لأن الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من أجزائه مبالغة في جملة على قضاء الدين وصار كالمبيع في يد البائع ، فإن سمي لكل واحد من أعيان الرهن شيئا من

فلأنه ترك ذكر كون الكفيل غير معين في تصوير المدعى حيث قال : وإذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فأت معناه مع أن كون الكفيل غير معين داخل أيضا في مسألة الكتاب . وأما ثانيا فلأن قوله في التعليل أو يعطى كفيلا غير ملىء لا يفيد ماسبق له وهو قوله في المدعى والكفيل غائبا لما ذكرنا آنفا أن غيبة الكفيل عن المجلس لا تقتضى عدم تعيينه فيجوز أن يعين المشتري للكفالة رجل مليئا غائبا عن المجلس فكيف يقدر على أن يعطى كفيلا غير ملىء بعد أن عين الملىء للكفالة . والحق في تعليل فوات المعنى عند كون الكفيل غائبا أن يقال لجواز أن لا يقبل الكفالة عند حضوره ، ولعل المصنف ترك تعليل هذه الصورة بناء على ظهوره أو انفهامه من قوله ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل صح تدبر .

(فصل)

قال في العناية أخذا من النهاية : وجه الفصل كون الرهن متعددا ، ولا خفاء في تأخر التعدد عن الأفراد انتهى . أقول : لا يذهب عليك أن هذا الوجه إنما يتم بالنظر إلى المسئلة الأولى من هذا الفصل دون المسائل الباقية منه ، إذ لا تعدد في الرهن في شيء منها ، وإنما التعدد في المرتهن في بعض منها وفي الراهن في بعض آخر منها . فالأولى أن يقال : وجه الفصل كون الرهن أو المرتهن

الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقد . وقوله (ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال للبائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن) قيل يريد به ثوبا غير المشتري . والصواب أنه وغيره سواء ، ولو قال أمسكه بدينك أو قال أمسكه رهنا حتى أعطيك ثمنك فهو رهن بلا خلاف . وقوله (علم أن مراده الرهن) لأن حكم الرهن هو الحبس الدائم إلى وقت الفكاك ، فإذا صرح بهذا علم أن مراده الرهن .

(فصل)

وجه الفصل كون الرهن متعددا ولا خفاء في تأخر التعدد عن الأفراد . قوله (وصار كالمبيع في يد البائع) في أن المشتري إذا أدى حصّة أحدهما من الثمن في البيع لا يتمكن من أخذه حتى يؤدى باقى الثمن ، فإذا سمي لكل واحد من أعيان الرهن شيئا

(فصل ومن رهن عشرين)

(قوله وجه الفصل كون الرهن متعددا) أقول : أو الراهن أو المرتهن .

المال الذى رهنته به . فكذا الجواب في رواية الأصل : وفي الزيادات : له أن يقبضه إذا أدى ماسمى له . وجه الأول أن العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كما في المبيع . وجه الثاني أنه لا حاجة إلى الاتحاد لأن أحد العقدين لا يصير مشروطا في الآخر ؛ ألا يرى أنه لو قبل الرهن في أحدهما جاز .

أو الراهن متعبدا كما أشار إليه في غاية البيان ، فحينئذ ينتظم وجه الفصل جميع المسائل المذكورة في هذا الفصل كما ترى (قوله ألا يرى أنه لو قبل الرهن في أحدهما جاز) قال صاحب النهاية والعناية : وحاصله أن الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية ، فكأنه رهن كل عبد بعقد على جدة ، بخلاف البيع فإنها لا تتفرق فيه بتفرق التسمية ، بدليل أنه لو باعه عبدين بألف كل واحد منهما بخمسائة فقبل المشتري العقد في أحدهما دون الآخر لم يجز كما في حالة الإجمال ، وهذا لأن البيع عقد تملك والهلاك قبل القبض يبطله فبعد ما نقد بعض الثمن أو تمكن من قبض بعض المعقود عليه أدى إلى تفريق الصفقة قبل التمام بأن يهلك ما بقي فيفسخ البيع فيه ، بخلاف الرهن فإنه بالهلاك ينتهى حكم الرهن لحصول المقصود ، كما أن بالافتكاك ينتهى حكم الرهن ، فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد ذلك إلى تفريق الصفقة لأن أكثر ما فيه أن يهلك ما بقي فينتهى حكم الرهن فيه انتهى . أقول : فيه بحث ، وهو أن حاصل كلامهما الاستدلال على أن الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية ولا تتفرق في باب البيع بذلك بدليلين : أحدهما إنى وهو أنه لو رهن عبدين بألف وسمى لكل واحد منهما شيئا من الألف فقبل المرتهن الرهن في أحدهما دون الآخر جاز ، وإن باعهما بألف وسمى لكل واحد منهما شيئا من الألف فقبل المشتري العقد في أحدهما دون الآخر لم يجز . وثانيهما لى وهو ما ذكرناه بقولهما ، وهذا لأن البيع عقد تملك الخ ، والأول منهما سالم والثاني منظور فيه عندي ، إذ لا شك أن المحذور تفريق الصفقة الواحدة دون تفريق الصفقة المتفرقة في الأصل ، وأن الكلام هنا في إثبات أن الصفقة تتفرق بتفرق التسمية في باب الرهن ولا تتفرق بذلك في باب البيع ، فالتأدي إلى تفريق الصفقة في باب البيع على تقدير أن يتمكن المشتري من قبض بعض المعقود عليه بعد ما نقد بعض الثمن إنما يكون محذورا عند ثبوت عدم تفرق الصفقة بتفرق التسمية في باب البيع ولم يثبت بعد ، بل هو أول من قصد إثباته ها هنا بقولهما ، وهذا لأن البيع عقد تملك الخ فإبقاء الدليل عليه مصادرة على المطلوب . فالوجه الظاهر في لية الفرق بين بائى الرهن والمبيع في تفرق أحدهما بتفرق التسمية دون الآخر ما ذكره صاحب الكافي حيث قال : وإنما افترقا لأن ضم الرديء إلى الجيد متعارف في البيع غير متعارف في الرهن ، فلو تفرق البيع بتفرق التسمية كان للمشتري أن يقبل في أحدهما فيقبل الجيد فيتضرر به البائع ، ولو تفرق الرهن بتفرق التسمية لم يتضرر به الراهن ، ولأن في البيع إذا جمع بينهما لو تفرقت الصفقة تصير الثانية شرطا في الأولى وهو شرط فاسد والبيع يفسد به ، أما الرهن فلا

كما لو رهن عبدين بألف كل عبد بخمسائة ثم قضاها خمسمائة فكذلك الجواب في رواية الأصل . وفي الزيادات له أن يقبض إذا أدى ماسمى ، ووجه كل واحد منهما ما ذكر في الكتاب . وقوله (ألا يرى) توضيح لذلك ، فإنه لما تمكن المرتهن من تفريق القبول في الابتداء وجب أن يتمكن الراهن من تفريق القبض في الانتهاء . وحاصله أن الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية فكأنه رهن كل عبد بعقد على حدة . بخلاف البيع فإنها لا تتفرق فيه بتفرق التسمية ، بدليل أنه لو باعه عبدين بألف كل واحد منهما بخمسائة فقبل المشتري العقد في أحدهما دون الآخر لم يجز كما في حالة الإجمال ، وهذا لأن البيع عقد تملك والهلاك قبل القبض يبطله ، فبعد ما نقد بعض الثمن أو تمكن من قبض بعض المعقود عليه أدى إلى تفريق الصفقة قبل التمام بأن يهلك ما بقي فيفسخ البيع فيه ، بخلاف الرهن فإنه بالهلاك ينتهى حكم الرهن لحصول المقصود به ، كما أن بالافتكاك ينتهى حكم الرهن

(قوله وهذا لأن البيع الخ) أقول : قوله وهذا : أى وجه الفرق بين البيع والرهن حيث لا يتمكن المشتري من قبض حصة الثمن بنقده في الأول ، ويمكن الراهن بأداء حصة أحد الرهين من استرداده بأنه لا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام في الرهن على تقدير اتحادها بخلاف البيع فلا حاجة إلى الاتحاد فيه (قوله فإنه بالهلاك ينتهى) أقول : أى بالهلاك في يد المرتهن .

قال (فإن رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز ، وجميعها رهن عند كل واحد منهما) لأن الرهن أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوخ فيه ، وموجبه صيرورته محتسبا بالدين ، وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزى فصار محبوسا بكل واحد منها ، وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا تجوز

يفسد بالشرط الفاسد لأنه تبرع كالهبة انتهى . ثم قال صاحب النهاية والعناية : فإن قيل : هذا في حالة الإجمال موجود . قلنا : نعم ، ولكن حصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم يتيقن ، وربما كان أحد العبدین أكثر قيمة مثل أن يساوى أحدهما ألفا والآخر ألفين ورهنهما بثلاثة آلاف أحدهما بألف والآخر بألفين ولم يبين هذا من ذلك وأراد الراهن فكاك الذي قيمته ألفان فأدى ألفا وهو يقول هذا الذي رهنه بألف والمرتهن يقول بل هو رهن بألفين فكان ذلك جهالة تفضي إلى المنازعة ، فأما عند التفصيل فحصة كل عبد معلومة بالتسمية لاجهالة هناك تفضي إلى المنازعة فلماذا يمكن فكاك البعض بقضاء بعض الدين انتهى . أقول : في الجواب بحث . أما أولا فلائنه لم لا يجعل قيمة كل واحد من العبدین فيصلا في قطع المنازعة في حالة الإجمال ، وأولا ذلك لما كان في قول المصنف في صلب مسألة الإجمال وحصة كل واحد ما يخصه إذا قسم الدين على قيمتهما فائدة ، وأما ثانيا فلائنه إذا كان العبدان متساوين في القيمة لا يوجد هناك جهالة تفضي إلى المنازعة مع أن جواب مسألة الإجمال تعم هذه الصورة أيضا . قالوا : في دفع النقض بحالة الإجمال أن يقال : لأن تفرق الصفقة إما يتصور فيما إذا كان في كلام العاقد ما يتحمله كما في حالة التفصيل فإن تفرق التسمية فيها تتحمل تفرق الصفقة ، بخلاف حالة الإجمال إذا لم يوجد فيه شيء يتحمله ، فإذا تعين الحمل فيها على تفرق الصفقة فيها وإن لم يلزم التأدي إلى تفرق الصفقة قبل تمامها في باب الرهن على تقدير أن يحمل عليه في حالة الإجمال أيضا تأمل (قوله فإن رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز ، وجميعها رهن عند كل واحد منهما لأن الرهن أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوخ فيه) قال صاحب العناية أخذنا من النهاية : قيل هو منقوض بما إذا باع من رجلين أو وهب من رجلين على قول أبي يوسف ومحمد ، فإن العقد فيهما أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوخ حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفين كما لو نص على المناصفة . والجواب أن إضافة العقد إلى اثنين توجب الشيوخ فيما يكون العقد مفيدا للملك كالهبة والبيع ، فإن العين الواحدة لا يمكن أن تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة فتقسم

فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد ذلك إلى تفرق الصفقة ، لأن أكثر ما فيه أن يهلك ما بقى فينتهي حكم الرهن فيه . فإن قيل : هذا في حالة الإجمال موجود . قلنا : نعم ، ولكن حصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم يتيقن ، وربما كان أحد العبدین أكثر قيمة مثل أن يساوى أحدهما ألفا والآخر ألفين ورهنهما بثلاثة آلاف أحدهما بألف والآخر بألفين ولم يبين هذا من ذلك وأراد الراهن فكاك الذي قيمته ألفان فأدى ألفا ويقول هذا الذي رهنه بألف والمرتهن يقول بل هذا رهن بألفين ، فكان ذلك جهالة تفضي إلى المنازعة . فأما عند التفصيل فحصة كل عبد معلومة بالتسمية لاجهالة هناك تفضي إلى المنازعة ، فلماذا تمكن من فكاك البعض بقضاء بعض الدين . قال (فإن رهن عينا واحدة عند رجلين الخ) صورة المسئلة ظاهرة ، ولم يتعرض لكونهما شريكين في الدين أو غيره ، ولا لكون الدينين من جنس واحد أو من جنسين مختلفين بأن يكون دين أحدهما دراهم ودين الآخر دنانير لأن الكل في ذلك سواء . وقوله (لأن الرهن أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوخ فيه) قيل هو منقوض بما إذا باع من رجلين أو وهب من رجلين على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، فإن العقد فيهما أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوخ حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفين كما لو نص على المناصفة . والجواب أن إضافة العقد إلى اثنين توجب الشيوخ فيما يكون العقد مفيدا للملك كالهبة والبيع فإن العين الواحدة لا يمكن أن تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة تنقسم عليهما للجواز ، والرهن غير مفيد للملك وإنما يفيد الاحتباس ، ويجوز أن تكون العين

عند أبي حنيفة (فإن تهايا فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر) قال (والمضمون على كل واحد منهما حصته من الدين) لأن عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته ، إذ الاستيفاء مما يتجزأ . قال (فإن أعطى أحدهما دينه كان كله رهنا في يد الآخر) لأن جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق

عليهما للجواز ، والرهن غير مفيد للملك وإنما يفيد الاحتباس . ويجوز أن تكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمنع الشيوع فيه تحريما للجواز لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوع يمنع عنه ، إلى هنا كلامه . أقول : هذا السؤال والجواب على التقرير المذكور ليسا بصحيحين في حق الهبة ، إذ لا فرق على قول أبي يوسف ومحمد بين الرهن والهبة في عدم تحقق الشيوع في شيء من صورتي رهن عين واحدة عند رجلين وهبتها منهما . وإنما الفرق بينهما على قول أبي حنيفة ، ألا يرى إلى ما مر في كتاب الهبة من أنه إذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لأنهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع ، وإن وهب واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة ، وقالوا : يصح لأن هذه أشبهت الجملة منهما ، إذ التملك واحد فلا يتحقق الشيوع كما لو رهن من رجلين . وله أن هذا هبة النصف من كل واحد ، ولهذا لو كانت فيها لا ينقسم فقبل أحدهما صح ، لأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التملك كذلك لأنه حكمه ، وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع ، بخلاف الرهن لأن حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كاملا ، ولهذا لو قضى دين أحدهما لا يستر دينا من الرهن انتهى . فلا معنى لنقض ما نحن فيه بالهبة على قول أبي يوسف ومحمد أصلا ، ولا للجواب عنه على قولهما بما ذكر في الجواب المذكور من الفرق كما لا يخفى (قوله وإن أعطى أحدهما دينه كان كله رهنا في يد الآخر ، لأن جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق) قال في العناية أنخذنا من النهاية : اعترض عليه بأن المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة إلى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء ، فينبغي أن يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه ، وذلك يقتضي أن لا يستر داراهن ماقضاه إلى الأول من الدين عند الهلاك لكن يسترده . وأجيب بأن ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن إلى الراهن كما ذكرنا ، فكان كل واحد منهما مستوفيا دينه من نصف مالية الرهن فإن وفاء بدينهما ، فتبين أن القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانيا انتهى . أقول : هذا الجواب غير شاف في دفع الاعتراض المذكور لأن السائل بسط مقدمة وهي أن المرتهن الذي استوفى حقه من الرهن انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة إلى الاستيفاء الحقيقي ففرع عليها قوله فينبغي أن يكون الرهن في يد

الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمنع الشيوع فيه تحريما للجواز لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوع يمنع عنه ، وهذا هو الجواب لأبي حنيفة رضي الله عنه في جعل ذلك شائعا مانعا عن الهبة دون الرهن وقد تقدم . وقوله (فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر) يشير إلى أن ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن إلى الراهن . وقوله (لأن جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق) اعترض عليه بأن المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة إلى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء ، فينبغي أن يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه ، وذلك يقتضي أن لا يستر داراهن ماقضاه إلى الأول من الدين عند الهلاك لكنه يسترده . وأجيب بأن ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن إلى الراهن كما ذكرنا ، فكان كل واحد منهما مستوفيا دينه من نصف مالية الرهن ، فإن وفاء بدينهما ، فتبين أن

(قوله لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوع يمنع عنه الخ) أقول : وكذلك في الهبة فلم يحصل الجواب على قولهما ، وكان المراد ذلك (قال المصنف : فإن تهايا فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر) أقول : هذا إذا كان مما لا يتجزأ فظاهر ، وإن كان مما يتجزأ وجب أن يحبس كل واحد منهما النصف ، فإن دفع أحدهما كله إلى الآخر وجب أن يضمن الدافع عند أبي حنيفة خلافا لهما ، وأصل المسئلة الوديعة فيما إذا أودع رجل عند رجلين شيئا يقبل القسمة ، فدفع أحدهما كله إلى الآخر . قيل الدافع يضمن عنده خلافا لهما ، كذا في شرح الزيلعي ، وقد نص عليه المصنف في كتاب الوديعة حيث قال : وكذا الجواب في المرتهنين .

وعلى هذا حبس المبيع إذا أدى أحد المشتريين حصته من الثمن . قال (وإن رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز والرهن رهن بكل الدين . وللمرتهن أن يمسكه حتى يستوفي جميع الدين) لأن قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع (فإن أقام الرجلان كل واحد منهما البيعة على رجل أنه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل) لأن كل واحد منهما أثبت بيئته أنه رهنه كل العبد . ولا وجه إلى القضاء لكل واحد منهما بالكل : لأن العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهنا لهذا وكاه رهنا لذلك في حالة واحدة . ولا إلى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الأولوية . ولا إلى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لأنه يؤدي إلى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاثر . ولا يقال : إنه يكون رهنا لهما كأنهما ارتبناه معا إذا جهل التاريخ بينهما ، وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان . لأننا نقول : هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لأن كلا منهما أثبت بيئته حبسا يكون وسيلة إلى مثله في الاستيفاء ، وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة إلى شطره

الآخر من كل وجه ، ولا يخفى عليك أن تلك المقدمة صادقة ، وأنها تقتضي أن لا يكون ارتبان الذي استوفى حقه باقيا بعد استيفاء حقه ، لأن مقصوده من الرهن قد انتهى باستيفاء حقه ، فما وجه بقاء ارتبانه بعده . وبالحيلة بقاء ارتبان كل واحد منهما ما لم يصل الرهن إلى الراهن غير مسلم عند السائل : بل هو يقول : لا معنى لبقاء ذلك بعد استيفاء أحدهما حقه إذا كان الرهن في يد الآخر ، ويستند في ذلك إلى المقدمة التي بسطها في أول كلامه فلا يشفيها الجواب المذكور (قوله فإن أقام الرجلان كل واحد منهما البيعة أنه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل) قال صاحب العناية : وهو أحد الوجوه في هذه المسئلة ، وجملتها أن العبد إما أن يكون في أيديهما أولا في يد واحد أو في يد أحدهما . فإن كان في يد أحدهما فهو أولى به لأن تمكنه من القبض

القباض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانيا . قال (وإن رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا الخ) هذه عكس المسئلة التي تقدمت وهي واضحة . ومن شعبها ما إذا كان في يد رجل ادعاه رجل أنه رهنه عبده بدين له عليه وقبضه وأقام على ذلك بيعة وادعاه آخر كذلك وهو أحد الوجوه فيها ، وجملتها أن العبد إما أن يكون في أيديهما أولا في يد واحد أو في يد أحدهما ، فإن كان في يد أحدهما فهو أولى به لأن تمكنه من القبض دليل سبق عقده كما في الشراء وقد تقدم ، إلا أن يقيم الآخر بيعة أنه الأول فإنه صريح في السبق وهو يفوق الدلالة ، وإن لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب أولا وكلامه فيه واضح . وإن كان في أيديهما فإن علم الأول منهما فهو أولى ، وإن لم يعلم فهو مسئلة الكتاب على ما ذكر فيها من القياس والاستحسان . قال محمد رحمه الله في الأصل : وبه أي بالقياس نأخذ ، ووجهه ما ذكر في الكتاب . والفرق بينه وبين الرهن من رجلين أن حق كل واحد منهما ثمة يثبت في جميع الرهن ، حتى إذا قضى دين أحدهما فهو رهن كله عند الآخر حتى يقضى دينه لوجود الرضا من كل واحد منهما بثبوت حق صاحبه في الحبس معه ، وها هنا كل واحد منهما غير راض بذلك . وقد أشار المصنف رحمه الله إلى هذا في الوجه الأول بقوله : لأننا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة الخ . وباقى كلامه واضح والله تعالى أعلم .

(قال المصنف : لأنه يؤدي إلى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاثر) أقول : هذا إذا لم يؤرخا ، فإن أرخا كان صاحب التاريخ الأقدم أولى ، لأنه أثبت في وقت لا ينازعه فيه أحد ، وكذا إذا كان الرهن في يد أحدهما كان صاحب اليد أولى لأن تمكنه على القبض دليل على سبقه كدعوى نكاح امرأة أو شراء عين من واحد . كذا في شرح الزيلعي ، وإذا أرخ أحدهما ففيه تفصيل مذكور في غاية البيان (قواه هذه عكس المسئلة المتقدمة وهي واضحة ومن شعبها) أقول : الضمير في شعبها راجع إلى المسئلة (قوله وهو أحد الوجوه) أقول : أي كونه في يد رجل (قوله وجملتها أن العبد إما أن يكون في أيديهما أو لافي يد أحدهما) أقول : لا فرق بين أن يكون في أيديهما وأن لا يكون في يد واحد منهما فإنه لا تقبل البيعة في حال حياة الراهن على المختار وتقبل بعدها (قوله وإن كان في أيديهما فإن علم الأول منهما فهو أولى الخ) أقول : وهذا التفصيل لا بد منه في المسئلة الأولى ، فإن كونها مسئلة الكتاب على تقدير جهل التاريخ (قوله قال محمد في الأصل وبه أي بالقياس نأخذ) أقول : يعني في المسئلة الأولى (قواه لوجود الرضا من كل واحد منهما) أقول : تعليل لقوله يثبت في جميع الرهن .

في الاستيفاء . وليس هذا عملا على وفق الحجة ، وما ذكرناه وإن كان قياسا لكن محمدا أخذ به لقوته . وإذا وقع باطلا فلو هلك يهلك أمانة لأن الباطل لا حكم له . قال (ولو مات الراهن والعبد في أيديهما فأقام كل واحد منهما البيئة على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا) وهو قول أبي حنيفة ومحمد : وفي القياس : هذا باطل . وهو قول أبي يوسف لأن الحبس للاستيفاء حكم أصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وأنه باطل للشيوع كما في حالة الحياة . وجه الاستحسان أن العقد لا يرد لذاته وإنما يرد لحكمه : وحكمه في حالة الحياة الحبس والشيوع يضره . وبعد المات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره ، وصار كما إذا ادعى الرجلان نكاح امرأة أو ادعت أختان النكاح على رجل وأقاموا البيئة تهاوتت في حالة الحياة ويقضى بالميراث بينهم بعد المات لأنه يقبل الانقسام ، والله أعلم .

(باب الرهن يوضع على يد العدل)

قال (وإذا اتفقا على وضع الرهن على يد العبد جاز . وقال مالك : لا يجوز) ذكر قوله في بعض النسخ أن

دليل سبق عقده كما في الشراء وقد تقدم ، إلا أن يقيم الآخر بيئة أنه الأول فإنه صريح في السبق وهو يفوق الدلالة ، وإن لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب أولا وكلامه فيه واضح ، وإن كان في أيديهما فإن علم الأول منهما فهو أولى ، وإن لم يعلم فهو مسألة الكتاب على ما ذكر فيها من القياس والاستحسان . قال محمد في الأصل : وبه أي بالقياس نأخذ ، ووجهه ما ذكر في الكتاب انتهى . أقول : في تحريره المذكور نوع اختلال واضطراب ، فإنه ذكر التفصيل في الشق الثالث بقوله فإن علم الأول منهما الخ ، وترك هذا التفصيل في الشق الثاني وهو ما لم يكن في يد واحد منهما ، مع أن هذا التفصيل مما لا بد منه في ذلك الشق أيضا ، وأيضا إن أراد بمسئلة الكتاب في قوله وإن لم يعلم فهو مسألة الكتاب قول المصنف وإن أقام الرجلان كل واحد منهما البيئة يلزم التنافي بينه وبين قوله فيما قبل وإن لم يكن في يد أحدهما فهو المذكور في الكتاب أولا ، وإن أراد بها قول المصنف ولو مات الراهن والعبد في أيديهما كما هو الظاهر لم يتم قوله بعده . قال محمد في الأصل : وبه أي بالقياس نأخذ ، فإن محمدا إنما يأخذ بالقياس في المسئلة الأولى لا في المسئلة الثانية ، فكان حق قوله المزبور أن يذكر متصلا ببيان المسئلة الأولى كما لا يخفى .

(باب الرهن يوضع على يد العدل)

لما فرغ من الأحكام الراجعة إلى نفس الراهن والمرتهن ذكر في هذا الباب الأحكام الراجعة إلى نائبيهما وهو العدل لما أن

(باب الرهن يوضع على يد العدل)

لما فرغ من الأحكام الراجعة إلى نفس الراهن والمرتهن ذكر ما يرجع إلى نائبيهما وهو العدل ، لأن حكم النائب يقف وحكم الأصل ، والمراد بالعدل هاهنا من رضى الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الأجل وهو وكيل الراهن ببيعه ، لكنه يخالف المفرد في مسائل ذكرها في النهاية عن شيخ الإسلام والقرطبي رحمهما الله . قال (وإذا اتفقا على وضع الرهن على يد عدل الخ) كلامه واضح . وقوله (ذكر قوله في بعض النسخ) إشارة إلى أن في بعضها ليس كذلك ، فإنه ذكر في المبسوطين وشرح الأقطع ابن أبي ليلى بدل مالك ، وكأنه شك في هذه الرواية عن مالك ، فإن القبض ليس بشرط عنده

(باب الرهن يوضع على يد عدل)

(قوله ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الأجل) أقول : الرضا ببيعه الرهن عند حلول الأجل ليس يلزم في العدل ، فالأولى أن يقال : سواء رضيا ببيعه الرهن أم لا . قال الإيتاني : قال الحاكم الشهيد في الكافي : وليس للعدل بيع الرهن ما لم يسلم عليه لأنه مأمور بالحفظ فحسب انتهى (قوله وهو وكيل الراهن ببيعه) أقول : غير مسلم كليا .

يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض . ولنا أن يده على الصورة يد المالك في الحفظ إذ العين أمانة ، وفي حق المالية يد المرتهن لأن يده يد ضمان والمضمون هو المالية فتزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصده من الرهن . وإنما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لأنه نائب عنه في حفظ العين كالمودع . قال (وليس للمرتهن ولا للراهن أن يأخذه منه) لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وأمانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك أحدهما إبطال حق الآخر (فلو هلك في يده هلك في ضمان المرتهن) لأن يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة (ولو دفع العدل إلى الراهن أو المرتهن ضمن) لأنه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية وأحدهما أجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع إلى الأجنبي (وإذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد مادفع إلى أحدهما وقد استهلكه المدفوع عليه أو هلك في يده لا يقدر أن يجعل القيمة رهنا في يده) لأنه بصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف . لكن يتفقان على أن يأخذها منه ويجعلها رهنا عنده

حكم النائب بقفو حكم الأصل . ثم إن المراد بالعدل هاهنا من رضى الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده . وزاد عليه صاحبا النهاية والعناية قيدا آخر حيث قال : ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الأجل . أقول : لعل هذه الزيادة منهما بناء على ما هو الجاري بين الناس فيما هو الغالب ، وإلا فرضاهما ببيعه الرهن عند حلول الأجل ليس بأمر لازم في معنى العدل . وعن هذا قال الحاكم الشهيد في الكافي : ليس للعدل بيع الرهن مالم يسلط عليه لأنه مأمور بالحفظ فحسب انتهى (قوله) وإنما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لأنه نائب عنه في حفظ العين كالمودع (قال صاحب العناية : يشير إلى دفع ما عسى أن يقال كما أنه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن في حق المالية والضمان إنما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه : وذلك لأن العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب ، والغصب إنما يتحقق بالنقل والتحويل ، وذلك يتعلق بالعين دون المالية على أنه سؤال ساقط ، لأن الخصم ليس بمقابل به انتهى كلامه . أقول : هذه العلالة التي زادها الشارح المذكور من عند نفسه ليست بشيء ، فإن عدم قول الخصم بذلك لا يقتضي سقوط السؤال المتجه على أصلنا ، إذ لا يازم أن يكون توجه السؤال من قبل الخصم ، وعن هذا تراهم يقولون : ليس للسائل مذهب ، ولو سلم ذلك للخصم أن يورد السؤال المذكور علينا بطريق الإلزام بما هو مسلم عندنا لا بطريق

كما مر في أول هذا الكتاب ، فإن ثبت ذلك عنده كان عنه روايتان . وقوله (ولهذا يرجع العدل عليه) أى على الراهن عند الاستحقاق . يعنى إذا هلك الرهن في يد العدل ثم استحق وضمن العدل قيمته يرجع على الراهن بما ضمن ، ولو لم تكن يده يد الراهن لما رجع ، وهو كالمودع إذا ضمن قيمة الوديعة بعد الهلاك بالاستحقاق فإنه يرجع على المودع لأن يده يد مودعه . وقوله (ولنا) ظاهر . وقوله (لأنه نائب عنه في حفظ العين كالمودع) يشير إلى دفع ما عسى أن يقال : كما أنه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن في حق المالية ، والضمان إنما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه : وذلك لأن العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب ، والغصب إنما يتحقق بالنقل والتحويل ، وذلك يتعلق بالعين دون المالية على أنه سؤال ساقط لأن الخصم ليس بمقابل به . فإن قيل : القبض شرط ولم يوجد من المرتهن حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لأن ذلك إما أن يكون من حيث أمره بذلك ، وذلك غير صحيح لأن الأمر إنما يصح إذا لاقى حقا مستحقا للأمر ، وبعد الرهن لم يصير القبض حقا له حتى كان للراهن أن يمنعه منه ، وإما أن يكون من حيث موافقة الراهن لإياه في الوضع على يد العدل ، ولا تأثير لذلك لأنهما لو اتفقا على قبض الراهن لم يتم ، فكذا لو اتفقا على قبض العدل . فالجواب أنه قابض من حيث أمره العدل بالقبض وهو حق مستحق له معقد الرهن ، وتمكنه من المنع لا يدل على انتفاء حقه لأنه فسخ للعقد ، والراهن يتفرد به لكونه غير لازم ، والقبض حقه مادام العقد باقيا . وقوله (لا يقدر أن يجعل القيمة) أى العدل لا يقدر أن يفعل ذلك لما ذكره .

(قوله على أنه سؤال ساقط ، لأن الخصم ليس بمقابل به) أقول : فيه بحث .

أو عند غيره ولو تعذر اجتماعهما يرفع أحدهما إلى القاضى ليفعل كذلك ، ولو فعل ذلك ثم قضى الرهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع إلى الرهن فالقيمة سالمة له لو وصول المرهون إلى الرهن ووصول الدين إلى المرتن ولا يجتمع البذل والمبدل في ملك واحد (وإن كان ضمنها بالدفع إلى المرتن فالرهن يأخذ القيمة منه) لأن العين لو كانت قائمة في يده يأخذها إذا أدى الدين ، فكذلك يأخذ ما قام مقامها ، ولا يجمع فيه بين البذل والمبدل . قال (وإذا وكل الرهن المرتن أو العدل أو غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة) لأنه توكيل ببيع ماله (وإن شرطت في عقد الرهن فليس للرهن أن يعزل الوكيل وإن عزله لم ينزل) لأنها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا من أوصافه وحقا من حقوقه ؛ ألا ترى أنه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله ؛ ولأنه تعلق به حق المرتن وفي العزل إلتواء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعى (ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه) لأنه لازم بأصله ، فكذا بوصفه لما ذكرنا ، وكذا إذا عزله المرتن لا ينزل لأنه لم يوكله وإنما وكله غيره (وإن مات المرتن لم ينزل) لأن الرهن لا يبطل بموته ولأنه لو بطل إنما يبطل لحق الورثة وحق المرتن مقدم . قال (والوكيل أن يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه ، وإن مات المرتن فالوكيل على وكالته) لأن العقد لا يبطل

التحقيق بما هو مقرر عنده . فالجواب الحق عنه ما أشار إليه المصنف لا غير (قوله ولو فعل ذلك) قال في النهاية والعناية : أى جعل القيمة في يد العدل رهنا . وقال بعض الفضلاء : فيه بحث ، بل المراد إذا جعلت القيمة رهنا برأيهما أو برأى القاضى عند العدل الأول أو عند غيره كما ذكره العلامة الزيلعى انتهى . أقول : إن كان وجه بحثه عدم تحقق العموم فيما ذكر في النهاية والعناية لما جعلت القيمة رهنا برأيهما : أى برأى الرهن والمرتن ، مع أن الحكم فيه أيضا كذلك فهو ممنوع ، لأنه إنما لا يتحقق العموم

وقوله (ولو تعذر اجتماعهما يرفع) قال في النهاية : أى يرفع العدل أحدهما إلى القاضى ، وفي بعض الشروح : يرفع الأمر إلى القاضى أحدهما إما الرهن أو المرتن وهو أظهر (وأوفعل ذلك) أى جعل القيمة في يد العدل رهنا ثم قضى الرهن الدين والحال أن العدل ضمن القيمة بالدفع إلى الرهن ، فالقيمة سالمة له : أى للعدل ، لأن كل ذى حق وصل إلى حقه : الرهن إلى الرهن والمرتن إلى الدين ، فلو أخذها أحدهما اجتمع البذل والمبدل في ملك شخص واحد ، فإن القيمة بدل الرهن من حيث العين في حق الرهن وبدله من حيث المسالية في حق المرتن ، وإن كان ضمنها بالدفع إلى المرتن فالرهن يأخذ القيمة منه ، لأن العين لو كان قائما في يده أخذه إذا أدى الدين ، فكذا ما يقوم مقامه ، ولا يجمع فيه بين البذل والمبدل ، وهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتن ؟ ينظر إن كان العدل دفعه على وجه العارية أو الوديعة وهلك في يد المرتن لا يرجع ، وإن استهلك يرجع عليه لأن العدل بأداء الضمان ملكه وتبين أنه أعار أو أودع ملك نفسه ، فإن هلك في يده لم يضمّن ، وإن استهلكه ضمن ، وإن كان العدل دفع إلى المرتن رهنا بأن قال هذا رهنتك خذ بحقك واحبس بدنيك رجع العدل عليه بقيمته استهلكه المرتن أو هلك عنده لأنه دفع إليه على وجه الضمان . وقوله (وإذا وكل الرهن المرتن) كلامه واضح . وقوله (فليس للرهن أن يعزل الوكيل) يعنى بدون رضا المرتن وقوله (ألا ترى أنه) أى أن عقد الوكالة (لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله) أى عقد الرهن . وقوله (لأنه) أى عقد الوكالة (لازم بأصله فكذا بوصفه) وهو الإطلاق لما ذكرنا أنه صار حقا من حقوقه . وقوله (لأن العقد) أى عقد الرهن (لا يبطل

(قوله قال في النهاية : أى يرفع العدل أحدهما إلى القاضى ، إلى قوله : وهو الأظهر) أقول : قال الإقنائى : وذلك ليس بشئ ، لأن العدل هو الضامن للقيمة ، فبعد أن يرفع الضامن لمطالبة نفسه الخصم إلى القاضى انتهى . وفيه بحث (قوله ولو فعل ذلك : أى جعل القيمة في يد العدل رهنا) أقول : وفيه بحث ، بل المراد إذا جعلت القيمة رهنا برأيهما أو برأى القاضى عند العدل الأول أو عند غيره . كما ذكره العلامة الزيلعى .

بموتهما ولا يموت أحدهما فيبقى بحقوقه وأوصافه (وإن مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه) لأن الوكالة لا يجرى فيها الإرث، ولأن الموكل رضى برأيه لا برأى غيره. وعن أبي يوسف إن وصى الوكيل يملك بيعه لأن الوكالة لازمة فيملكه الوصى، كالمضارب إذا مات بعد ما صار رأس المال أعيانا يملك، وصى المضارب بيعها لما أنه لازم بعد ما صار أعيانا. قلنا: التوكيل حق لازم لكن عليه، والإرث يجرى فيما له بخلاف المضاربة لأنها حق المضارب (وليس للمرتهن أن يبيعه إلا برضا الراهن) لأنه ما كره وما رضى ببيعه (وليس للراهن أن يبيعه إلا برضا المرتهن) لأن المرتهن أحق بمالته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع. قال (فإن حلّ الأجل وأبى الوكيل الذى فى يده الرهن أن يبيعه والراهن غائب أجبر على بيعه) لما ذكرنا من الوجهين فى ازومه (وكذلك الرجل يوكل غيره بالحصومة وغاب الموكل فأبى أن يخاصم أجبر على الحصومة) للوجه الثانى وهو أن فيه إتواء الحق، بخلاف الوكيل بالبيع لأن الموكل يبيع بنفسه فلا يتولى حقه. أما المدعى لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه. فلو لم يكن التوكيل مشروطا فى عقد الرهن وإنما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا بالوجه الأول، وقيل يجبر رجوعا إلى الوجه الثانى، وهذا أصح. وعن أبي يوسف رحمه الله أن الجواب فى الفصلين واحد، ويؤيده إطلاق الجواب فى الجامع الصغير وفى الأصل (وإذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه فكان رهنا وإن لم يقبض بعد) لقيامه مقام ما كان مقبوضا، وإذا توى كان مال المرتهن لبقاء عقد الرهن فى الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون، وكذلك إذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لأن المالك لا يستحقه من حيث المالية وإن كان بدل الدم فأخذ حكم ضمان المال فى حق المستحق فبقى عقد الرهن، وكذلك لو قتله عبد فدفع به لأنه قائم مقام الأول لحما ودما. قال (وإن باع العدل الرهن فأوفى

لذلك بل يختص بما جعلت القيمة رهنا برأى القاضى لو كان لفظ جعل فى عبارة النهاية والعناية ولفظ فعل فى عبارة الكتاب مبنيا للفاعل وكان الضمير المستتر فيه راجعا إلى القاضى، وأما إذا كان مبنيا للمفعول وكان لفظ القيمة فى عبارة النهاية والعناية قائما مقام

بموتهما ولا يموت أحدهما فيبقى بحقوقه) التى هى الحبس والاستيفاء والوكالة (وأوصافه) التى هى الزوم وجبر الوكيل وحق بيع ولد الرهن وحق صرف الدراهم بالدينارين، كذا فى النهاية. وقوله (وإذا مات الوكيل انتقضت الوكالة) يعنى والرهن باق كما كان، لأن الرهن لو كان فى يد المرتهن فأتى لم يبطل العقد به، فلائ لا يبطل بموت العدل أولى. وقوله (والإرث يجرى فيما له) أى لا فيما عليه؛ ألا ترى أن الميت إذا كان عليه دين لا يجب على ورثة الميت قضاؤه، وإن كان له دين على غيره ورثه وقوله (أجبر على بيعه) يعنى ينجس أياما حتى يبيعه، فإن لج بعد ما حبسه أياما ذكر فى الزيادات أن القاضى يبيع عليه وهو على قولهما ظاهر. وأما على قول أبى حنيفة رضى الله عنه فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه، قال بعضهم: لا يبيع قياسا على مال المديون، وقال آخرون: يبيعه لأن جهة البيع تعين. وقوله (لما ذكرنا من الوجهين) أحدهما أنه وصف من أوصافه والآخرون أنه فيه إتواء حقه. وقوله (قيل لا يجبر اعتبارا بالوجه الأول) ذكر فى المبسوط أنه ظاهر الرواية. وقوله (أن الجواب فى الفصلين) أى فيما كان مشروطا فى الرهن وفيما لا يكون كذلك (واحد) أى يجبر فيما (ويؤيده إطلاق الجواب فى الجامع الصغير) حيث قال فيه: إذا أتى الوكيل يجبر من غير فصل بين أن يكون مشروطا فى العقد أو لم يكن، وكذلك ذكر فى الأصل مطلقا. وقوله (فقد خرج من الرهن) لأنه صار ملكا للمشتري وملكه لا يكون رهنا (وإذا توى كان مال المرتهن) ينصب مال على ما صح صاحب النهاية. وفى بعض النسخ من مال المرتهن. وقوله (وغرم القاتل قيمته) يعنى تكون القيمة رهنا مقام العبد المقتول لأن المالك وهو المولى يستحقه أى هذا الضمان من حيث المالية، وإن كان مقابلا بالدم حتى لا يزداد على دية الحر (فأخذ حكم ضمان المال فى حق المستحق) وهو المولى فيبقى عقد الرهن.

المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار . إن شاء ضمن الراهن قيمته . وإن شاء ضمن المرتهن الثمن الذى أعطاه وليس له أن يضمه غيره (وكشف هذا أن المهرن المبيع إذا استحق إما أن يكون هالكا أو قائما . ففى الوجه الأول المستحق بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته لأنه غاصب فى حقه . وإن شاء ضمن العدل لأنه متعدد فى حقه بالمبيع والتسليم . فإن ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لأنه ماكه بأداء الضمان فتبين أنه أمره ببيع ملك نفسه . وإن ضمن البائع ينفذ البيع أيضا لأنه ماكه بأداء الضمان فتبين أنه باع ملك نفسه . وإذا ضمن العدل فالعدل بالخيار . إن شاء رجع على الراهن بالقيمة لأنه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشىء من دينه . وإن شاء رجع على المرتهن بالثمن لأنه تبين أنه أخذ الثمن بغير حق لأنه ملك العبد بأداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له . وإنما أداه إليه على حساب أنه ملك الراهن . فإذا تبين أنه ماكه لم يكن راضيا به فله أن يرجع به عليه . وإذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه . وفى الوجه الثانى وهو أن يكون قائما فى يد المشتري فللمستحق أن يأخذه من يده لأنه وجد عين ماله . ثم للمشتري أن يرجع على العدل بالثمن لأنه العاقد فتتعلق به حقوق العقد . وهذا من حقوقه حيث وجب بالمبيع . وإنما أداه ليسلم له المبيع ولم يسلم . ثم العدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة لأنه هو الذى أدخله فى هذه العهدة فيجب عليه تخليصه . وإذا رجع عليه صح قبض المرتهن لأن المقبوض سلم له . وإن شاء رجع على المرتهن لأنه إذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة . وإذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه فى الدين كما كان فيرجع به على الراهن . ولو أن المشتري سلم الثمن إلى المرتهن لم يرجع على العدل لأنه فى البيع عامل للراهن . وإنما يرجع عليه إذا قبض ولم يقبض فبقى الضمان على الموكل . ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط فى العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن أم لا . لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع . كما فى الوكالة المفردة عن الرهن إذا باع الوكيل ودفع الثمن إلى من أمره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على المقتضى . بخلاف الوكالة المشروطة فى العقد لأنه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه . قال رضى الله عنه : هكذا ذكر الكرخي . وهذا

الفاعل فيتحمل العموم للصورتين معا كما لا يخفى على الفطن وإن كان وجه بحثه عدم تحقق العموم فيما ذكر فى النهاية والعناية لما

وقوله (وليس له أن يضمه غيره) أى ليس للعدل أن يضم المرتهن غير الثمن الذى أعطاه وكلامه مكشوف بكشفه وإيضاحه شكر الله سعيه سوى ألفاظ وضمان نوضحها زيادة إيضاح . فقوله (وصح الاقتضاء) أى صح قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه . وقوله (وإن ضمن البائع) أى العدل . وقوله (فلا يرجع المرتهن عليه) أى على الراهن بشىء . وقوله (فإذا تبين أنه ملكه) أى ملك العدل . وقوله (لم يكن راضيا به) أى بأداء الثمن إلى المرتهن . وقوله (فله) أى للعدل . وقوله (بطل الاقتضاء) أى بطل قبض المرتهن . وقوله (إنما أداه) أى إنما أدى المشتري الثمن إلى العدل ليسلم للمشتري المبيع ولم يسلم . وقوله (رجع على الراهن بالقيمة) أى بالثمن . وقوله (لأن المقبوض سلم له) أى لأن الثمن المقبوض من العدل سلم للمرتهن . وقوله (وإن شاء على المرتهن) أى (لا يرجع به على المرتهن) أى على القابض . وقوله (فيكون البيع لحقه) فإذا وقع البيع لحقه وسلم له جاز أن يلزمه الضمان وهذا يؤيد قول

(قال المصنف : ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار ، إلى قوله : وليس له أن يضمه غيره) أقول : والظاهر أن يكون

يوئيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع . قال (وإن مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار : إن شاء ضمن الراهن . وإن شاء ضمن المرتهن) لأن كل واحد منهما متعدي في حقه بالتسليم أو بالقبض (فإن ضمن الراهن فقد مات بالدين) لأنه ملكه بأداء الضمان فصح الإيفاء (وإن ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه) أما بالقيمة فلأنه مغرور من جهة الراهن . وأما بالدين فلأنه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان . فإن قيل : لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والمالك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه فصار كما إذا ضمن المستحق الراهن ابتداء . قلنا : هذا طعن أبي خازم القاضي . والجواب عنه أنه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه . أو بالانتقال من المرتهن إليه كأنه وكيل عنه والمالك بكل ذلك متأخر عن عقد الرهن : بخلاف الوجه الأول لأن المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند المالك إليه فتبين أنه رهن ملك نفسه . وقد طولنا الكلام في كفاية المنتهى .

جعلت القيمة رهنا في يد غير العدل الأول فأمره هين ، فإنه لما كان عدم التفاوت بين أن جعلت القيمة بعد الضمان رهنا في يد العدل الأول وبين أن جعلت رهنا في يد غيره ظاهرا اكتفى بذكر الأول روما للاختصار .

من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع : أي الوكيل الذي لم تكن وكالته مشروطة في العقد حيث فرق بين الوكالة المشروطة في العقد وبين الوكالة التي بعد العقد فقال في الوكيل الذي كانت وكالته بعد عقد الرهن : يرجع الوكيل بالعهد على الراهن لا على المرتهن لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن (وقوله متعدي في حقه بالتسليم أو بالقبض) يعني الراهن بالتسليم والمرتهن بالقبض فكان كالعاصب وغاصب العاصب وقوله (فلأنه انتقض اقتضاؤه) أي قبضه لأن الرهن لم يكن ملك الراهن حتى يكون بهلاكه مستوفيا . وقوله (طعن أبي خازم) يعني هذا السؤال طعن به أبو خازم بالخاء المعجمة على محمد بن الحسن رحمهما الله ، وأبو خازم هو عبد الحميد بن عبد العزيز القاضي الحنفي ببغداد . وقوله (والغرور بالتسليم كما ذكرناه) يعني بقوله لأن كل واحد منهما متعدي في حقه بالتسليم . وقوله (أو بالانتقال من المرتهن إليه) أي إلى الراهن (كأنه وكيل عنه) أي كأن المرتهن وكيل عن الراهن من حيث انتقال الملك منه إليه كانتقال الملك من الوكيل إلى الموكل (والمالك بكل ذلك) أي بكل واحد من التسليم والانتقال (متأخر عن عقد الرهن) أما بالتسليم فظاهر ، لأن التسليم كان بعد العقد فتبين أنه رهن غير ملكه . وأما بالانتقال فلأن المرتهن غاصب في حق المستحق ، فإذا ضمن ملك المضمون ، ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن انتقل إليه فيملكه من جهة المرتهن والمرتهن ملكه من حين القبض لأنه صار غاصبا به فيملك الرهن بعد ذلك من جهته فيكون ملك الرهن متأخرا عن عقد الرهن فكأنه رهن غير ملكه ، ولا يشكل إذا استحق رأس مال المضاربة وضمنه المضارب فإنه يرجع على رب المال والمضاربة نافذة وإن كان الملك متأخرا عن عقد المضاربة لما ذكرتم أن الرجوع بالغرور والغرور بالتسليم أو بالانتقال من المرتهن إليه ، وكل ذلك متأخر عن العقد لأن المضاربة عقد غير لازم ، وكل ما هو كذلك فلدوامه حكم الابتداء وقد تقدم فصار كأنه أنشأ العقد بعد الرجوع فيتقدر ، بخلاف الرهن فإنه عقد لازم ليس لدوامه حكم الابتداء . وقوله (بخلاف الوجه الأول) يعني ما إذا ضمن المستحق الراهن لأن المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند المالك إليه وتبين أنه رهن ملك نفسه . وقوله (وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى) قيل مراده مسألة المضاربة والفرق بينها وبين مسألة الرهن . وقيل يحتمل أن يكون ما لو كان الرهن عبدا فأبقى وضمن المستحق المرتهن قيمته ورجع المرتهن على الراهن بتلك القيمة وبالدين ثم ظهر العبد فإنه للراهن لقرار الضمان عليه ولا يكون

للمستحق خيار تفسيخ المشتري أيضا لأنه متعدي بالأخذ والتسليم لكن لم يذكره (قوله لأن المضاربة عقد غير لازم) أقول : تعليل لقوله ولا يشكل إذا استحق رأس مال المضاربة .

(باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنانيته على غيره)

قال (وإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف) اتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على إجازته . وإن كان الراهن يتصرف في ملكه كمن أوصى بجميع ماله تقف على إجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به (فإن أجاز المرتهن جاز) لأن التوقف لحقه وقد رضى بسقوطه (وإن قضاه الراهن دينه جاز أيضا) لأنه زال المساع من النفوذ والمقتضى موجود وهو التصرف الصادر من الأهل في المحل (وإذا نفذ البيع بإجازة المرتهن ينتقل حقه إلى بدله هو الصحيح) لأن حقه تعلق بالمالية والبديل له حكم المبدل فصار كالعبد المديون المأذون إذا بيع برضا الغرماء ينتقل حقهم إلى البديل لأنهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأسا فكذا هذا

(باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنانيته على غيره)

لما كان التصرف في الرهن والجناية عليه وجنانيته على غيره متأخرا طبعاً عن كونه رهناً أخره وضماً لبوافق الوضع الطبع (قوله وإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف) اختلفت عبارة محمد فيه . في موضع قال : بيع الموهون فاسد ، وفي موضع قال : جائز . والصحيح أنه جائز موقوف . وقوله فاسد محمول على ما لم يميز . فإن القاضي يفسده إذا خوصم إليه وطلب المشتري التسليم . وقوله جائز محمول على ما إذا أجازته وسلمه . كذا في العناية وغيرها من الشروح . قال بعض الفضلاء : ويجوز أن يقال قوله فاسد محمول على المبالغة في التشبيه . فإنه كالفساد في عدم ترتب الحكم في الفعل ، أو أنه مجاز على سبيل المشاركة فإنه على شرف أن يفسد إذا لم يميزه انتهى . أقول : لا ينبغي على ذي فطرة سليمة أن هذين التأويلين ليسا بتأويل فقهي بل هما من قبيل التأويل اللغوي الذي فيه نوع إلغاز وتعمية فلا يناسب أصحاب هذا الفن سيما في موضع الكشف والبيان (قوله لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على إجازته وإن كان الراهن يتصرف في ملكه) أقول : في تمام هذا القدر من التعليل نظر ،

رهناً لأنه لما استحق بطل الرهن لما قلنا إن الملك يقع للراهن فيه من وقت التسليم بحكم الرهن وعقد الرهن كان سابقاً على ذلك .

(باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنانيته على غيره)

التصرف في الرهن والجناية عليه وجنانيته على غيره إنما تكون بعد كونه رهناً فكان متأخراً طبعاً فأخره وضماً . قال (وإذا باع الراهن الرهن الخ) إذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن سواء علم بالبيع ولم يأذن أو لم يعلم به ، فقد اختلف عبارة محمد رحمه الله فيه . في موضع قال بيع الموهون فاسد ، وفي موضع قال جائز . والصحيح أنه جائز موقوف . وقوله فاسد محمول على ما لم يميز ، فإن القاضي يفسده إذا خوصم إليه فيه وطلب المشتري التسليم . وقوله جائز محمول على ما إذا أجازته وسلمه ذلك ، لأن من تصرف في مال له تعلق به حق الغير جاز موقفاً كمن أوصى بجميع ماله تقف على إجازة الورثة فيما زاد على الثلث ، فإن أجاز المرتهن تم العقد وزوال المانع بإسقاط حقه راضياً ، وكذا لو قضاه الراهن دينه فإن أجاز ينتقل حقه إلى بدله لما ذكر في الكتاب . وقوله (هو الصحيح) احتراز عما روى عن أبي يوسف رحمه الله أنه إن شرط عند الإجازة أن يكون الثمن رهناً كان رهناً وإلا فلا ، لأن الراهن ملك الثمن بنفوذ البيع بإجازة المرتهن بسبب جديد فلا يصير رهناً من غير شرط ، وإن فسده

(باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنانيته على غيره)

(قوله وقوله فاسد محمول على ما لم يميز) أقول : ويجوز أن يقال : قوله فاسد محمول على المبالغة في التشبيه ، فإنه كالفساد في عدم ترتب الحكم في الفعل ، أو أنه مجاز على سبيل المشاركة ، فإنه على شرف أن يفسد إذا لم يميزه . وقوله جائز محمول على أنه ليس بفساد ولا باطل في الحال .

(وإن لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية ، حتى لو افتكّ الرهن الرهن لاسيبل للمشتري عليه) لأن الحق الثابت للمرتن بمنزلة الملك فصار كالمالك له أن يجيز وله أن يفسخ (وفي أصح الروايتين لا يفسخ بفسخه) لأنه لو ثبت حق الفسخ له إنما يثبت ضرورة صيانة حقه ، وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقى موقوفا ، فإن شاء المشتري صبر حتى يفتكّ الرهن الرهن إذ العجز على شرف الزوال . وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي والقاضي أن يفسخ لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ إلى القاضي لا إليه . وصار كما إذا أبق العبد المشتري قبل القبض فإنه يتخير المشتري لما ذكرنا كذلك هذا (ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل أن يجيزه المرتن فالثاني موقوف أيضا على إجازته) لأن الأول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني ، فلو أجاز المرتن البيع الثاني (ولو باع الراهن ثم أجر أو وهب أو رهن من غيره وأجاز المرتن هذه العقود جاز البيع الأول) والفرق أن المرتن ذو حظ من البيع الثاني لأنه يتعلق حقه ببذله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به ، أما لاحق له في هذه العقود لأنه لا بدل في الهبة والرهن ، والذي في الإجارة بدل المنفعة لا بدل العين ، وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت إجازته إسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الأول فوضح الفرق . قال (ولو أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه) وفي بعض أقوال الشافعي لا ينفذ إذا كان المعتق معسرا . لأن في تنفيذه إبطال حق المرتن فأشبهه البيع ، بخلاف ما إذا كان موسرا حيث ينفذ على بعض أقواله لأنه لا يبطل حقه معنى بالتضمن . وبخلاف إعتاق المستأجر لأن الإجارة تبقى مدمتها إذ الحرّ يقبلها ، أما ما لا يقبل

فإنه ينتقض بما إذا أعتق الراهن عبد الرهن فإنه ينفذ عتقه كما سيأتى في الكتاب مع جريان هذا التعليل هناك أيضا . فالوجه في التعليل هاهنا أن يقال لانعدام القدرة على التسليم لتعلق حق الغير به وهو المرتن فيتوقف على إجازته ، ألا يرى أن المصنف إنما فصل بين هذه المسئلة ومسئلة الإعتاق بانعدام القدرة على التسليم حيث قال في آخر تعليل المسئلة : مسألة الإعتاق من قبل

في الانفساخ روايتان كما ذكره في الكتاب . وقوله (وولاية الفسخ إلى القاضي لا إليه) أى لا إلى المرتن . لأن هذا الفسخ لقطع المنازعة وهو إلى القاضي . وقوله (لما ذكرنا) يعنى لفوات القدرة على التسليم . قوله (ولو باعه الراهن الخ) يعنى أو باع الراهن الرهن ولم يجزه المرتن ثم باعه بيعا ثانيا فالثاني موقوف كالأول . لأن الموقوف لا يمنع عن التوقف . فلو أجاز المرتن البيع الثاني جاز الثاني كالأول . ولو أجاز الأول جاز الأول . وهذا لأن حق المرتن يتعلق بالثنى ، ألا ترى أنه قد يرهن لبياع فأيهما أجاز ه المرتن وسلمه إليه نفذ ويأخذ الثمن ويكون رهنا عنده . وإنما خص إجازة البيع الثاني لبيان الفرق بينه وبين العقود الباقية المذكورة . فإنه بإجازتها يصح العقد الأول وهو البيع ولم تصح هى . وبإجازة البيع الثاني لا يصح البيع الأول وإن كان سابقا ويصح هو . والفرق ما ذكره في الكتاب . والأصل في ذلك أن من تعلق حقه بشيء وتبدك بإجازته إلى غيره فإن كان البدل عما تعلق به حقه تعلق به حقه . وإن كان عن غيره لم يتعلق . فعلى هذا إذا باع الراهن الرهن ثانيا وأجاز ه المرتن كان الثمن رهنا عنده فكان ذا حظ من العقد الثاني لتعلق حقه ببذله فيصح تعيينه . وإذا أجر بعد البيع أو رهن وسلم أو وهب وسلم وأجاز هذه العقود جاز البيع الأول وساه أولا لوقوعه قبلها . لأن هذه العقود بعضها لا بدل فيه كما في الهبة والرهن وبعضها وإن كان فيه بدل لكن ليس عما تعلق به حقه كما في الإجارة فإنه فيها بدل عن المنفعة وحقه في مالية العين دون المنفعة ، وإذا لم يكن له منها حظ لم يصح تعيينه وكانت إجازته إسقاطا لحقه فنفذ البيع الأول . وسكت المصنف رحمه الله عن اشتراط التسليم في الرهن والهبة اعتمادا على كونه معاوما . قال (ولو أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه الخ) إذا أعتق الراهن عبده المرهون نفذ عتقه موسرا كان أو معسرا . وللشافعي رحمه الله أقوال شتول التخذ وعدمه والفصل بين الموسر والمعسر . قال في المعسر : في تنفيذه إبطال حق المرتن فلا يجوز كالبيع . بل أولى لأنه أسرع نفوذا من العتق حيث جاز من المكاتب دون العتق . وإنما أنه

الرهن فلا يبقى . ولنا أنه مخاطب أعتق ملك نفسه فلا يلغو بصرفه بعدم إذن المرتهن كما إذا أعتق العبد المشتري قبل القبض أو أعتق الآبق أو المغصوب . ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضى . وعارض الرهن لا ينبي عن زواله . ثم إذا زال ملكه في الرقبة بإعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كإعتاق العبد المشترك . بل أولى لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد . فلما لم يمنع الأعلى لا يمنع الأدنى بالطريق الأولى . وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم . وإعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة ، وإذا نفذ الإعتاق بطل الرهن لفوات محله (ثم) بعد ذلك (إن كان الراهن موسر ، والدين حالا طوّل بأداء الدين) لأنه لو طوّل بأداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه (وإن كان الدين مؤجلا أخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين) لأن سبب الضمان متحقق ، وفي التضمنين فائدة فإذا حلّ الدين اقتضاه بحقه إذا كان من جنس حقه وردّ الفضل (وإن كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين إلا إذا كان بخلاف جنس حقه) لأنه لما تعذر الوصول إلى عين حقه من جهة المعتبر يرجع إلى من ينتفع بعتمه وهو العبد لأن الحراج بالضمان . قال رضي الله عنه : وتأويله إذا كانت القيمة أقل من الدين ، أما إذا كان الدين أقل نذكره إن شاء الله تعالى (ثم يرجع بما سعى على مولاه إذا أيسر) لأنه قضى دينه وهو مضطر

أصحابنا وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم تدبر (قوله وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم) لأن يد المرتهن مانعة عن التسليم والبيع . كما يفترق إلى الملك يفترق إلى القدرة على التسليم . ولهذا لا ينفذ بيع الآبق والمستأجر ،

مخاطب أعتق ملك نفسه ، وكل من فعل ذلك صح كما إذا أعتق العبد المشتري قبل القبض أو الآبق أو المغصوب فإنها تشرك الموهون في فوات يد المالك وفي انتفاء القدرة على التسليم إن باع ، فكان المقتضى متحققا والمانع منتفيا فثبت الحكم . أما تحقق المقتضى فلأنه تصرف صدر عن أهله ، ولا نزاع فيه مضاف إلى محله ، لأنه لا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام مقتضيه وهو السبب الموجب لملكه قبل الرهن . وأما انتفاء المانع فلأن عارض النهي لا ينبي عن زواله لأن موجب عقد الرهن إما ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن كما هو عندنا أو هو حق البيع كما هو مذهب الخصم على ما تقدم ، وشيء من ذلك لا يزيل ملك العين فيبقى العين على ما كان على ملك الراهن . وإذا كان باقيا على ملكه وقد أزاله بالإعتاق صح ، يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كما إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الأعلى وهو حقيقة الملك للشريك عن صحة العتق فلأن لا يمنع الأدنى وهو يد المرتهن أولى . فإن قيل : ليس المانع منحصرا فيما يزيل الملك بل مجرد تعلق الحق مانع ولهذا منع النفاذ في البيع والهبة . أجاب بقوله وامتناع النفاذ ، ومعناه أن حق المرتهن إنما يصلح مانعا في البيع والهبة لإعدامه قدرة العاقد على التسليم المشروط بصحة العقد ، وليس ذلك بموجود في الإعتاق فلا يصلح مانعا . وقوله (وإعتاق الوارث) جواب عما تمسك به الشافعي رحمه الله في بعض المواضع وادّعى أن إعتاقه لغو . وصورته مريض أو وصى برقبة عبده لشخص ولا مال له غيره ثم مات وأعتق الوارث العبد لم ينفذ لحق الموصى له فكذا يجب أن يكون في الرهن ، وجهه أن ذلك لا يلغو بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة رحمه الله . وأما عندهما فلا إشكال لأنه يعتق في الحال . وقوله (وإذا نفذ الإعتاق) راجع إلى أول الكلام : يعني فإذا ثبت تحقق المقتضى وانتفاء المانع نفذ الإعتاق ، وإذا نفذ الإعتاق بطل الرهن لفوات محله وما بعده ظاهر . وقوله (إلا إذا كان بخلاف جنس حقه) يعني إلا إذا كان الحاصل من السعاية بخلاف جنس حق المرتهن فإنه لا يقضى به دينه بل يبدل به جنس حقه ويقضى به دينه . وقوله (لأنه لما تعذر الوصول) دليل وجوب السعاية على العبد . وقوله (نذكره) يعني

(قوله أجاب بقوله وامتناع النفاذ ، إلى قواه : وليس ذلك بموجود في الإعتاق فلا يصلح مانعا) أقول : وأيضا الإعتاق لا يقبل الرد والفسخ ، فكذا التوقف بخلافهما فليتأمل .

فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه ، بخلاف المستسعى في الإعتاق لأنه يؤدي ضمانا عليه : لأنه إنما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله ، وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام إعتاقه فصار كمعبر الرهن . ثم أبو حنيفة أوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالي اليسار والإعسار . وفي العبد المرهون شرط الإعسار لأن الثابت للمرتهن حق الملك وأنه أدنى من حقيقته الثابتة للشريك الساكت فوجب السعاية هنا في حالة واحدة إظهار النقضان رتبته بخلاف المشتري قبل القبض إذا أعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع إلا رواية عن أبي يوسف والمرهون يسعى لأن حق البائع في الحبس أضعف لأن البائع لا يملكه في الآخرة ولا يستوفي من عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالإعارة من المشتري . والمرتهن ينقلب حقه ملكا . ولا يبطل حقه بالإعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد ، فلو أوجبنا السعاية فيهما لسويتنا بين الحقين وذلك لا يجوز (ولو أقر المولى برهن عبده) بأن قال (له رهنك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه تجب السعاية) عندنا خلافا لزمفر ، هو يعتبر ، بإقراره بعد العتق . ونحن نقول أقر بتعلق الحق في حال يملك التعليق فيه لقيام ملكه فيصح . بخلاف ما بعد العتق لأنه حال انقطاع الولاية . قال (ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق) أما عندنا فظاهر . وكذا عنده لأن التدبير لا يمنع البيع على أصله (ولو كانت أمة فاستولدها الراهن صح الاستيلاء بالاتفاق) لأنه يصح بأدنى الحقين وهو ما للأب في جارية الابن فيصح بالأعلى (وإذا صحا خرجا من الرهن) لبطان الحلية . إذ لا يصح استيفاء الدين منهما (فإن كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما) على التفصيل الذي ذكرناه في الإعتاق (وإن كان معسرا استسعى المرتهن المدبر وأم الولد في جميع الدين لأن كسبهما مال المولى : بخلاف المعتق حيث يسعى في الأقل من الدين ومن القيمة لأن كسبه حقه ، والمحبس عنده ليس إلا قدر القيمة فلا يزداد عليه . وحق المرتهن بقدر الدين فلا تلزمه الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لأنهما أدياه من مال المولى ، والمعتق يرجع لأنه أدى ملكه عنه وهو مضطر على مامر . وقيل الدين إذا كان مؤجلا يسعى المدبر في قيمته قنا لأنه عوض الرهن حتى تحبس مكانه فيتقدر بقدر العوض . بخلاف ما إذا كان حالا لأنه يقضى به الدين ، ولو أعتق الراهن المدبر وقد قضى عليه بالسعاية أو لم يقض لم يسع إلا بقدر القيمة لأن كسبه بعد العتق ملكه ، وما أداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه

والإعتاق لا يفتقر إليها بدليل نفاذ إعتاق الآبق ، كذا في الكافي وغيره . واعترض عليه صاحب التسهيل حيث قال : أقول هذا يلزم أن يفسد بيع الرهن ولا يتوقف ، وبينهما فرق ، إذ الفاسد يملك بالقبض دون الموقوف ؛ ألا يرى أن المبيع بالبيع القضولى لا يملك بالقبض وهو موقوف لا فاسد انتهى . أقول : هذا الاعتراض ظاهر السقوط ، لأنه إما يلزم أن يفسد بيع الرهن ولا يتوقف أن لو انتفى القدرة على تسليمه بالكلية ، والمنتفى في بيع الرهن إنما هو القدرة على تسليمه بدون إجازة المرتهن أو قضاء الراهن دينه لا القدرة على تسليمه أصلا فيتوقف على إجازة المرتهن أو قضاء الراهن دينه ، إذ بواحد منهما

في هذا الباب في مسألة استيلاء الأمة المرهونة . وقوله (وعندهما لتكميله) يعنى وإن عتق عندهما لكن في عتقه نقصان لكونه مطلوبا بالسعاية ، فإذا أداهما كل العتق . وقوله إلا رواية عن أبي يوسف رحمه الله فإن المبيع محبوس في يد البائع كالرهن في يد المرتهن . وقوله (والمرتهن ينقلب حقه ملكا) يعنى أن الرهن إذا هلك في يده كان مالكا من حيث المالية ، وباقى كلامه واضح . قال (ولو دبره الراهن صح تدبيره الخ) الراهن إذا دبر الرهن صح تدبيره بالاتفاق . أما عندنا فظاهر لأنه يوجب حق العتق وحقيقته لم تمنع فحقه أولى ، وأما عنده : أى عند الشافعى رحمه الله فلا لأنه لا يمنع البيع فلا يبطل حق المرتهن . وقوله (وإذا صحا) يعنى التدبير والاستيلاء (خرجا) أى المدبر وأم الولد : يعنى عندنا . وأما عنده فإن المدبر لا يخرج منه لقبوله حكم الرهن كما مر

لأنه أداه من مال المولى . قال (وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) لأنه حق محترم مضمون عليه بالإتلاف ، والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه مقام العين (فإن استهلكه أجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فيأخذ القيمة وتكون رهنا في يده) لأنه أحق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه . والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك . فإن كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن ألفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة الزيادة كأنها هلكت بأفة سهاوية . والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكك لأن القبض السابق مضمون عليه لأنه قبض استيفاء . إلا أنه يتقرر عند الهلاك (ولو استهلك المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة) لأنه أتلف ملك الغير (وكانت رهنا في يده حتى يحل الدين) لأن الضمان بدل العين فأخذ حكمه (وإذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه لأنه جنس حقه) ثم إن كان فيه فضل يرده على الراهن (لأنه بدل ملكه وقد فرغ من حق المرتهن) وإن نقصت عن الدين بتراجع انسعر إلى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة (لأن ما انتقص كالهالك

تحصل القدرة على التسليم فينفذ البيع كما في البيع الفضولي (قوله وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) قال صاحب النهاية ، هو معطوف على قوله فإن كان موسرا ضمن قيمتهما ، واقتضى أثره صاحب معراج الدراية وصاحب العناية . أقول : شرح هذا المقام بهذا الوجه خروج عن سنن الصواب ، لأن قوله وكذلك لو استهلك الراهن الرهن لفظ القدوري في مختصره : وهو مذكور في البداية أيضا . وقوله فإن كان موسرا ضمن قيمتهما ليس بلفظ القدوري في مختصره ، وليس بمذكور في البداية أصلا بل هو من المسائل التي ذكرها المصنف في الهداية تقريرا على مسألة مختصر القدوري ، وهي من قوله ولو أقر المولى برهن عبده إلى هنا فكيف يصح جعل لفظ أحد الشيعين في أحد الكتابين معطوفا على لفظ شيخ آخر في كتاب آخر . وكيف يمكن عطف عبارة المتن وهو البداية على عبارة الشرح وهو الهداية مع تقدم تحقق عبارة المتن على تحقق عبارة الشرح . فالصواب أن يجعل قوله المذكور معطوفا على قوله فيما مر ، فإن كان الدين حالا طوّل بأداء الدين ، وإن كان مؤجلا أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لأنه أيضا لفظ القدوري في مختصره ومذكور في البداية أيضا فيتم ، ويحسن عطف أحدهما على الآخر ، وترتيب عبارة مختصر القدوري والبداية هكذا فإن أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه ، فإن كان الدين حالا طوّل بأداء الدين ، وإن كان مؤجلا أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين . وإن كان الراهن معسرا سعى العبد في قيمته وقضى الدين . وكذلك لو استهلك الراهن الرهن انتهى فتأمل في هذا الترتيب تكن الحاكم الفصل (قوله وإن نقصت عن الدين بتراجع السعر إلى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة ، لأن ما انتقص كالهالك .

آتفا . وكلامه واضح . وقوله (وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) معطوف على قوله فإن كان موسرا ضمن قيمتهما . وقوله والواجب على هذا المستهلك : يعني الأجنبي ، وقيد بذلك احترازا عن استهلاك المرتهن فإنه يجب عليه قيمته يوم قبض لا يوم هلك كما سيجيء . وقوله (كأنها هلكت بأفة سهاوية) يعني تكون الزيادة مضمونة على المرتهن . وقوله (والمعتبر في ضمان الرهن) لتعليل ذلك ، قيل عليه النقصان إنما هو بتراجع السعر وأنه لا يسقط من الدين شيئا . وأجيب بأن العين قد تغيرت فكانت بمثابة لو كانت باقية ترجع إلى ما كانت عليه : فبالهلاك فانت تلك الصلاحية ، وقد ثبت في ابتداء القبض ضمان تلك القيمة فسقط قدر النقصان من العين عند القتل ، بخلاف ما إذا لم تتغير العين وقد تراجع السعر ، لأن العين التي قبضها بحالها من غير تفاوت فلا يسقط شيء من الدين . وقوله (وإن نقصت عن الدين بتراجع السعر) إشارة إلى هذا السؤال وإجاب .

وهذا بخلاف الإجارة والبيع والهبة من أجنبي إذا باشرها أحدهما بإذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود إلا بعقد مبتدئ (ولو مات الراهن قبل الرد إلى المرتهن يكون المرتهن أسوة للغرماء) لأنه يتعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن. أما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافتقرا (وإذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل أن يأخذ في العمل هلك على ضمان الرهن) لبقاء يد الرهن (وكذا إذا هلك بعد الفراغ من العمل) لارتفاع يد العارية (ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان) لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتهى الضمان (وكذا إذا أذن الراهن للمرتهن بالاستعمال) لما بيناه (ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل أو كثير فهو جائز) لأنه متبرع بإثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع بإثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين. ويجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل زوالا في حق البائع. والإطلاق واجب الاعتبار خصوصا في الإجارة لأن الجهالة فيها لا تنفضي إلى المنازعة (ولو عين قدرا

قوله وهذا بخلاف الإجارة والبيع والهبة من أجنبي إذا باشرها أحدهما بإذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود إلا بعقد مبتدئ) قال الشراح: وحكم الوديعة كحكم العارية. وحكم الرهن كحكم الإجارة انتهى. وأورد بعض الفضلاء على قولهم وحكم الوديعة كحكم العارية بأن قال: إذا كان الإيداع من أجنبي ينبغي أن لا يسقط الضمان لأنه العدل انتهى. أقول: ليس الأمر كما زعمه لأن العدل من رضا بوضع الرهن في يده ابتداء وكلام الشراح هنا فيما إذا أودع أحدهما الرهن بإذن الآخر بعد أن قبضه المرتهن

وقوله (وهذا) أي ما ذكرنا من إجارة أحدهما بإذن الآخر أجنبيا (بخلاف الإجارة والبيع والهبة من أجنبي) وبجملة هذه التصرفات ستة: العارية، والوديعة، والرهن، والإجارة. والبيع، والهبة فالعارية توجب سقوط الضمان سواء كان المستعير هو الراهن أو المرتهن إذا هلك حالة الاستعمال أو أجنبيا ولا يرفع عقد الرهن. وحكم الوديعة كحكم العارية، والرهن يبطل عقد الرهن، وأما الإجارة فالمستأجر إن كان هو الراهن فهي باطلة وكان بمنزلة ما لو أعار منه أو أودعه فله أن يسترده. وإن كان هو المرتهن وجدد القبض للإجارة أو أجنبيا بمباشرة أحدهما العقد بإذن الآخر بطل الرهن والأجرة للراهن وولاية القبض للعائد ولا يعود رهنا إلا بالاستئناف. وأما البيع والهبة فإن العقد يبطل بهما إذا كانا من المرتهن أو أجنبيا بمباشرة أحدهما بإذن الآخر. وأما من الراهن فلا يتصور (وقوله لما بينا) يعني في صورة العارية، ثم لو اختلفا في وقت الهلاك فالقول للمرتهن والبيئة للراهن. قال (ومن استعار من غيره ثوبا الخ) ومن استعار ثوبا ليرهنه فالمعير إما أن يطلق في ذلك أو يقيد بشيء. فإن كان الأول فارهنه المستعير به من قليل وكثير جائز عملا بالإطلاق وكان ذلك تبرعا من المعير بإثبات ملك اليد فيعتبر بإثبات ملك العين واليد جميعا بأن استأذن أن يقضى دينه عليه بماله. فإن قيل: اعتبار غير صحيح لجواز أن يكون صحة ذلك لاجتماع العين واليد فيه. فالجواب أن الاتصال غير مانع لعدم استلزام أحدهما الآخر، فإنه يجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا كالصبي فإنه يثبت له ملك العين دون اليد، وزوالا كالبائع بشرط الخيار فإنه يزول ملك اليد دون ملك العين. وإذا كان كذلك جاز أن يثبت للمرتهن ملك اليد دون العين. قوله (لأن الجهالة فيها لا تنفضي إلى المنازعة) يعني المنازعة المسانعة من التسليم والتسلم فإنها هي المفسدة للعقد، فصار كما إذا أعار ثوبا وأطلق، وإن كان الثاني سواء كان التقييد بالقدر أو الجنس أو المرتهن أو البلد ضمن القيمة بالخالفه لصيرورته غاصبا بالتصرف بغير إذنه، فإن كان

(قوله وحكم الوديعة كحكم العارية) أقول: إذا كان الإيداع من أجنبي ينبغي أن لا يسقط الضمان لأنه العدل (قوله فإنه يجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا الخ) أقول: فيه بحث، فإن قول المصنف للمرتهن يدل على أن المراد بانفصال ملك اليد عن ملك العين ثبوتا ثبوت ملك اليد لشخص دون ملك العين فشرحه ليطابق المشروح، والمراد بالانفصال زوالا أن يبقى ملك اليد ويزول ملك العين كما لا يخفى.

لا يجوز للمستعير أن يرهنه بأكثر منه . ولا بأقل منه (لأن التقييد مفيد ، وهو ينفي الزيادة : لأن غرضه الاحتباس بما تيسر أدائه ، وينفي التقصان أيضا لأن غرضه أن يصير مستوفيا للأكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع به عليه (وكذلك التقييد بالحنس وبالمرتهن وبالبلد) لأن كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالإضافة إلى البعض وتفاوت الأشخاص في الأمانة والحفظ (فإذا خالف كان ضامنا ، ثم إن شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن) لأنه ماكه بأداء الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه (وإن شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن) وقد بيناه في الاستحقاق (وإن وافق) بأن رهنه بمقدار ما أمره به (إن كانت قيمته مثل الدين أو أكثر فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن) لتأم الاستيفاء بالهلاك (ووجب مثله لرب الثوب على الراهن) لأنه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض لذاته لأنه برضاه ، وكذلك إن أصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه (وإن كانت قيمته أقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن) لأنه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بيناه (ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن إذا قضى دينه أن يمتنع) لأنه غير متبرع حيث يخلص ملكه

بنفسه . ثم إن الفرق بينهما أن في صورة الإيداع بعد قبض المرتهن بنفسه ينتقض قبضه السابق بالإيداع للمنافاة بين يد الوديعة ويد الرهن لكون إحداها موجبة للضمان دون الأخرى كما ذكر في المنافاة بين يدى العارية والرهن . وأما في صورة الوضع في يد العدل ابتداء فيقوم يد العدل في قبض الرهن مقام يد المرتهن في حق المالية فيصير الرهن مضمونا على المرتهن من هذه الحثية كما تبين في بابها ولم يوجد شيء آخر يقتضى انتقاض هذا القبض فبقى الضمان على حاله (قوله ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن إذا قضى دينه أن يمتنع) اعلم أن قوله جبرا عن الراهن في أثناء هذه المسئلة من مغلفات هذا الكتاب . وكان لفظ محمد بدل هذا في هذه المسئلة حين أعسر الراهن كما ذكره شمس الأئمة السرخسي وفخر الإسلام البردوي وقد نبه عليه تاج الشريعة صاحب الكفاية . وعن هذا قال بعضهم : لعل قول المصنف جبرا عن الراهن تصحيف وقع من

التقييد بالقدر هي الزيادة عليه لفوات الغرض فإن غرضه الاحتباس بما تيسر أدائه إن احتاج إلى فكاهه وهو أقل المالين . فالزيادة زيادة ضرر وبقي التقصان لأن غرضه أن يستوفي أكثر المالين إن هلك الرهن عند المرتهن ، فإن الراهن يردّ عليه مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك ، ويفوت ذلك إذا رهن بالأقل وكلامه ظاهر . وقوله (ووجب مثله) أى مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك وهو مقدار الدين المسمى لامثل قيمة الثوب إن كانت أكثر ، لأن الزيادة على قدر الدين عند الهلاك أمانة فيما نحن فيه ، وهو ما إذا وافق المستعير المعير فيما شرطه . وقوله (على ما بيناه) يعنى قوله لأنه صار قاضيا دينه بماله ، وكذلك قوله لما بيناه إشارة إليه . وقوله (أن يفتكه جبرا عن الراهن) قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر . وقيل نيابة ولعله من الجبران : يعنى جبرانا

(قال المصنف : ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبرا عن الراهن) أقول : تصحيف عن قوله حين أعسر ، لأن صاحب الهداية أخذ هذا من المبسوط ، وفي المبسوط حين أعسر . قال فخر الإسلام البردوي : ذكر أنه حين أعسر الراهن ، لأن المعنى لا يستقيم لأن المعير يفتك جبرا من المرتهن لا من الراهن ، لأن الرهن ليس في يد الراهن وإنما هو في يد المرتهن ولكن يفتكه المعير حين أعسر الراهن ولعله وقع من الكاتب أو صحفه القارئ ، كذا سمع نقلته من خط مولانا إياس . قال في الكفاية : فأراد المعير أن يفتكه نيابة عن الراهن جبرا عن المرتهن انتهى . وقال أكل الدين : افتكه جبرا عن الراهن . قيل : معناه من غير رضاه وليس بظاهر ، وقيل نيابة . ولعله من الجبران يعنى جبرانا لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه انتهى . والأصوب أن عن هاهنا للبدلية ، كما في قوله تعالى - لا تجزى نفس عن نفس شيئا - وفي قوله عليه الصلاة والسلام « صوى عن أمك » فلا غبار إذ . يصير المعنى حينئذ جبرا على المرتهن بدل الراهن ، والبدنية بين الراهن والمعير .

ولهذا يرجع على الراهن بما أدّى المعير فأجبر المرتين على الدفع (بخلاف الأجنبي إذا قضى الدين) لأنه متبرّع إذ هو لا يسعى في تخليص ما كره ولا في تفريغ ذمته فكان للطالب أن لا يقبله (ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل أن يرهنه أو بعد ما افتكه فلا ضمان عليه) لأنه لا يصير قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بينا (ولو اختارنا في ذلك فالقول للراهن) لأنه ينكر الإيفاء بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين (كما لو اختارنا في مقدار ما أمره بالرهن به فالقول للمعير) لأن القول قوله

الكاتب أو القارىء . وقال صاحب معراج الدراية : معنى قوله جبرا عن الراهن : بغير رضاه . وبوافقه تقرير صاحب الكافي هذه المسئلة حيث قال : ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبرا بغير رضا الراهن ليس للمعير أن يمتنع إذا قضى دينه . وقال صاحب الكفاية : معنى قوله فأراد المعير أن يفتكه جبرا عن الراهن : أراد أن يفتكه نيابة عن الراهن جبرا عن المرتين . وقال صاحب العناية : قوله افتكه جبرا عن الراهن قيل معناه : من غير رضاه وليس بظاهر . وقيل نيابة ولأنه من الجبران : يعنى جبرانا لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه انتهى . أقول : فيه كلام أما أولا فلأن ما اختاره من المعنى لا يمتشى فيما إذا أراد المعير أن يفتكه قبل حلول أجل دين الراهن إذ لم يثبت عن الراهن إذ ذاك القضاء بنفسه لعدم مجيئه أو أنه حتى يكون افتكاك المعير الرهن هناك بقضاء دين الراهن جبرانا لما فات عنه من القضاء بنفسه . مع أن تلك الصورة أيضا داخلة في جواب هذه المسئلة كما لا يخفى . وأما ثانيا فلأنه لم يسمع في العربية جبر عنه . سواء كان من الجبر بمعنى القهر أو من الجبر بمعنى الجبران ، ومحل الإغلاق في تركيب المصنف إنما هو كلمة عن الداخلة على الراهن لا كون الجبر بمعنى القهر إذ هو متحقق في مسئلتنا بالنظر إلى المرتين . وعلى المعنى الذى اختاره لا يظهر لكلمة عن متعلق إلا أن يصار إلى تقديم لما فات جملة وجعل كلمة عن متعلقة بلفظ فات المندرج في ذلك ، ولا يخفى بعده جدا فكيف يرتكب مع حصول المقصود منه بتقدير متعلق كلمة عن لفظ نيابة وحده كما فعله صاحب الكفاية (قوله ولهذا يرجع على الراهن بما أدّى) قال صاحب النهاية : وهاهنا قيد لازم ذكره ، فإن قوله يرجع على الراهن بما أدّى غير مجرى على إطلاقه : بل معناه يرجع على الراهن بما أدى إذا كان ما أداه بقدر

لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه . وقوله (ولهذا يرجع على الراهن بما أدى) قال في النهاية : ليس مجرى على إطلاقه : بل معناه يرجع على الراهن بما أدّى إذا كان ما أداه بقدر القيمة لا ما كان أكثر منها : يعنى إن كان قيمة الرهن ألفا ورهنه بألفين فافتكه المعير بألفين ليس له أن يرجع بما زاد على قيمته : لأنه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير أكثر من ذلك ، وليس بوارد على المصنف رحمه الله لأنه وضع المسئلة فيما إذا كانت القيمة مثل الدين . وقوله (على ما بينا) إشارة إلى قوله لأنه صار قاضيا دينه بما له (ولو اختلفا في ذلك) أى في كون الهلاك حال الرهن أو غيره فقال المعير هلك حال الرهن وقال المستعير هلك قبل الرهن أو بعد الافتكاك فالقول قول الراهن لما ذكر والبيئة بينة المعير لأنه يدعى عليه الضمان . فإن قيل : إذا ادعى الراهن الهلاك بعد الفكاك فقد أقرّ بسبب وجوب الضمان وهو رهنه الثوب بدينه ثم ادعى ما ينسخه وهو الفكاك فلا بد له من حجة كما إذا ادعى الغاصب ردّ المغصوب . أجب بأن الموجب للضمان فراغ ذمته عن الدين بمالية الرهن ولم يتر بذلك . وقوله (ولو اختلفا) هكنا في نسخة قراءتى على الشيخ رحمه الله ، وقد وقع في النسخ كما لو اختلفا قال في النهاية وغيره من الشروح : ليس بصحيح .

(قوله قال في النهاية : ليس مجرى على إطلاقه ، إلى قوله : وليس بوارد على المصنف) أقول : قال الإمام الزيلعي بعد ما نقل كلام النهاية وهذا مشكل ، لأن تخليص الرهن لا يحصل بإيفاء بعض الدين فكان مضطرا ، وباعتبار الاضطرار ثبت حق الرجوع ، فكيف يمتنع الرجوع مع بقاء الاضطرار ، وهذا لأن غرضه تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك إلا بأداء الدين كله ، إذ للمرتين أن يجسبه حتى يستوى الكل على ما عرف في موضعه انتهى . وقد سنح لي هذا الإشكال قبل رؤيتي كلامه في هذا المحل . وجوابه المذكور في الكفاية والدراية فراجعهما نص عبارة الكفاية والكاكي . فإن قيل : هو لا يتوصل إلى تخليص ملكه إلا بإيفاء جميع الدين فلم يكن متبرعا . قلت : الضمان إنما وجب على المستعير باعتبار إيفاء الدين من ملكه ، فكان الرجوع عليه باعتبار ما يتحقق به الإيفاء انتهى فتأمل ، فإن الكلام مجالا .

في إنكار أصله فكذا في إنكار وصفه (ولورهنه المستعير بدين موعود وهو أن يرهنه به ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن قبل الإقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى) لما بينا أنه كالوجود ويرجع المعير على الراهن بمثله . لأن سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه (ولو كانت العارية عبدا فأعتقه المعير جاز) لقيام ملك الرقبة (ثم المرتهن بالخيار إن شاء رجع بالدين على الراهن) لأنه لم يستوفه (وإن شاء ضمن المعير قيمته) لأن الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد ألتفه بالإعتاق (وتكون رهنا عنده إلى أن يقبض دينه فيردها إلى المعير) لأن استرداد القيمة كاسترداد العين (ولو استعار عبدا أو دابة ليرهنه فاستخدم العبد أو ركب الدابة قبل أن يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن) لأنه قد برئ من الضمان حين رهنهما . فإنه كان أمينا خالف ثم عاد إلى الوفاق (وكذا إذا افلتك الرهن

الدين لا بأكثر منه من قيمة الثوب . لأنه ذكر في الإيضاح وفتاوى قاضيخان : فإن عجز الراهن عن الافتكاك فافتكه المالك يرجع بقدر ما يهلك الدين به ولا يرجع بأكثر من ذلك . بيانه إذا كانت قيمة الرهن ألفا فرهنه بألفين فافتكه المالك بألفين يرجع بقدر ما يهلك الدين به وهو الألف ولا يرجع بأكثر من ألف . لأنه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير أكثر من ذلك . فكذلك إذا افتككه كان متبرعا بالزيادة انتهى . واقتنى أثره صاحب الكفاية ومراجع الدراية . وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية بعبارة نفسه : وليس بوارد على المصنف لأنه وضع المسئلة فيما إذا كانت القيمة مثل الدين انتهى . أقول : فيه نظر . لأن قول المصنف ولهذا يرجع على الراهن بما أدى من مقدمات دليل هذه المسئلة لانفس هذه المسئلة . ولا يخفى أن مقدمات الدليل لا يجب أن توافق المدعى في الخصوص والعموم ولا في التقييد والإطلاق : ألا يرى أن كلية الكبرى شرط في أشهر الأقيسة وأقواها . وإن كان المدعى جزئيا فنأين يلزم من تقييد وضع المسئلة تقييد مقدمات دليلها أيضا حتى يستغنى عن تقييد هاتيك المقدمة بما ذكره صاحب النهاية وغيره . ثم إن الزيلعي قال في التبيين : وذكر في النهاية أنه إذا افتككه بأكثر من قيمته بأن كان الدين الموهون به أكثر لا يرجع بالزائد على قيمته . وهذا مشكل لأن تخليص الرهن لا يحصل بإيفاء بعض الدين فكان مضطرا . وباعتبار الاضطرار ثبت له حتى الرجوع فكيف يمنع الرجوع مع بقاء الاضطرار . وهذا لأن غرضه تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك إلا بأداء الدين كله . إذ للمرتهن أن يجبه حتى يستوفى الكل على ما عرف في موضعه انتهى . أقول : في كلامه هذا نوع غرابة . لأن صاحب النهاية قد ذكر حاصل استشكلاله بطريق السؤال . وأجاب عنه حيث قال : فإن قيل : هو لا يتوصل إلى تحصيل ملكه إلا بإيفاء جميع الدين فلم يكن متبرعا . قلنا : الضمان إنما وجب على المستعير باعتبار إيفاء الدين من ملكه فكان الرجوع إليه بقدر ما يتحقق به الإيفاء انتهى . وقد تبعه في ذكر هذا السؤال والجواب صاحب الكفاية ومراجع الدراية ، فإن كان الجواب المذكور مرضيا عند الزيلعي أيضا فلا معنى لاستشكلاله كلام صاحب النهاية بعد أن رأى السؤال والجواب مسطورين في النهاية على الاتصال بما استشكله . وإن لم يكن الجواب المذكور مرضيا عنده كان عليه أن يبين محل فساد . ولا ينبغي أن يعد السؤال المذكور فيها إشكالا من عند نفسه (قوله وإن شاء ضمن المعير قيمته لأن الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد ألتفه بالإعتاق)

والصواب بالواو لأن في لفظ كما يختلف الغرض . إذ في الأول القول للراهن وهو المستعير وفي الثاني للمعير فكيف يصح التشبيه . وقوله (في إنكار أصله) يريد عقد العارية . وقوله (لأن استرداد القيمة كاسترداد العين) يعني أن المرتهن استرد قيمة الرهن من المعير واسترداد القيمة كاسترداد العين . ولو استرد العين ثم استوفى دينه من الراهن وجب عليه رد العين فكذلك رد قيمته . وقوله (ولو استعار عبدا أو دابة ليرهنه) واضح .

(قوله فكيف يصح التشبيه) أقول : يجوز أن يكون جهة التشبيه كون القول للمعير ، ثم رأيت في الكفاية : إلا أن يقال التشبيه في الإنكار من غير نظر إلى كون المنكر معيرا أو مستعيرا .

ثم ركب الدابة أو استخدم العبد فلم يعط ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه (لا يضمن) لأنه بعد الفكك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكك وقد عاد إلى الوفاق فيبراً عن الضمان . وهذا بخلاف المستعير لأن يده يد نفسه فلا بد من الوصول إلى يد المالك . أما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الأمر وهو الرجوع عليه عند الحلاك وتحقق الاستيفاء . قال (وجناية الراهن على الرهن مضمونة) لأنه تفويت حق لازم محترم . وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالأجنبي في حق الضمان كمتعاق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثالث ، والعبد الموصى بخدمته إذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشتري بها عبد يقوم مقامه . قال (وجناية المرتين عليه تسقط من دينه بقدرها) ومعناه أن يكون الضمان على صفة الدين . وهذا لأن العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتين فيضمنه لمالكه . قال (وجناية الرهن على الراهن والمرتين وعلى مالهما هدر) وهذا عند أبي حنيفة . وقالوا : جنايته على المرتين معتبرة . والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال . أما الوفاقية فلأنها جناية المملوك على المالك : ألا ترى أنه لو مات كان الكفن عليه . بخلاف جناية المغضوب على المغضوب منه لأن الملك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستنداً حتى يكون الكفن عليه . فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت .

أقول : كان الحق في التعليل أن يقال : لأن الحق تعلق بمالته وقد أتلّفها بالإعتاق . إذ لا شك أن المراد بالحق المذكور في التعليل إنما هو حق المرتين . وحقه متعلق بمالية الرهن دون رقبته كما مر غير مرة (قوله أما الوفاقية فلأنها جناية المملوك على المالك) قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل : أى أما وجه المسئلة التي اتفقوا في حكمها وهي أن جناية الرهن على الراهن هدر فلأنها جناية المملوك على المالك . وافتنى أثره صاحب العناية . أقول : لا وجه عندي لإقحام لفظ الوجه في تفسير مراد المصنف بقوله المذكور ، إذ يصير المعنى حينئذ أما وجه المسئلة الوفاقية : أى علّتها فلهذه العلة المذكورة في الكتاب لأن المصنف قد أدخل اللام على الخبر كما ترى فيقول المعنى إلى أن علة هذه المسئلة لهذه العلة فيلزم أن يكون المذكور في الكتاب علة لاعلة نفس المسئلة وهو فاسد قطعاً .

وقوله في آخره (أما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الأمر) يعنى بتسليم الرهن إلى المرتين سعى في جعل المستعير في الرهن بمعنى المودع ليكون التسليم إلى المرتين بمنزلة تدره إلى صاحبه فيبراً من الضمان . وهو صحيح ظاهر إذا كان الاستعمال قبل الرهن ، أما بعد فكأنه فليس ثمة تخصيص مقصود الأمر فلا يكون دافعاً لما يريد من صورة المستعير في غير الرهن . وقد أجيب بأن ثم الرد إلى نائب المعير وهو المستعير نفسه قد وجد . لأن الراهن الذي هو المستعير بعد الفكك مودع والمودع يبرأ بالعود إلى الوفاق . فالعود إلى الوفاق قبل الرهن كأنه ردّ إلى صاحبه حكماً وبعده إلى نائبه كذلك وهذا الذي اختاره المصنف رحمه الله هو مختار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله . وأما اختيار شيخ الإسلام رحمه الله فهو أن المستعير يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق دات عليه هذه المسئلة . قال (وجناية الراهن على الرهن مضمونة) معناه واضح وعنى باللازم مالا يقدر على إسقاطه بانقراضه وبالحجرم هو أن يكون غيره ممنوعاً عن إبطاله . وقوله (والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال) يعنى أن تكون الجناية في النفس أو مادونها خطأ أما ما يوجب القصاص فهو معتبر بالإجماع . وقوله (أما الوفاقية) يعنى أما وجه المسئلة التي اتفقوا في حكمها وهي أن جناية الرهن على الراهن هدر (فلأنها جناية المملوك على المالك) فيما يوجب المال بدليل أنه إذا مات وجب الكفن على مولاه وكل ما كان كذلك فهو هدر لأنه لو جنى على غيره وجب على مولاه من ماله . فإذا جنى عليه شيء لكان واجباً له عليه وذلك باطل . ونوقض بالمغضوب إذا جنى على مالكه المغضوب منه فإنها توجب الضمان . وأجاب المصنف رحمه الله بما في الكتاب . بخلاف الجناية الموجبة للقصاص فإن المستحق بها دمه والمولى أجنبي عنه . يوضحه أن إقرار المولى عنه بالجناية الموجبة للقصاص غير صحيح وبالموجبة للمال

ولهما في الخلافة أن الجناية حصلت على غير مالكة . وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد إليه بالجناية فتعتبر . ثم إن شاء الراهن والمرتهن أبطلا الرهن ودفعاه بالجناية إلى المرتهن ، وإن قال المرتهن لا أطلب الجناية فهو رهن على حاله . وله أن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لأنها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه . وجنائه على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق إذا كانت قيمته والدين سواء . لأنه لا فائدة في اعتبارها لأنه لا يملك العبد وهو الفائدة . وإن كانت القيمة أكثر من الدين ؛ فمن أي حنيفة أنه يعتبر بقدر الأمانة لأن الفضل ليس في ضمانه فأشبهه جناية العبد الودعة على المستودع . وعنه أنها لا تعتبر لأن حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون . وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن ، لأن الأملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الأجنبي . قال (ومن رهن عبدا يساوى ألفا بألف إلى أجل فنقص في السعر فرجعت قيمته إلى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الأجل فإن المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشيء . وأصله أن النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا لفرق . وهو يقول : إن المسألة قد انتقصت فأشبه انتقص العين . ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس . وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت به الخيار . ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان . بخلاف نقصان العين لأن بقاء جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه . إذ اليد بالاستيفاء . وإذا

(قوله ثم إن شاء الراهن والمرتهن أبطلا الرهن ودفعاه بالجناية إلى المرتهن) قال صاحب العناية : قوله ودفعاه فيه تسامح . لأن المرتهن لا يدفع العبد إلى نفسه ومخلصه المشاكلة ؛ فإنه وإن كان قابلا ذكره بلفظ الدافع لوقوعه في صحبته أو التغليب

صحح وإقرار العبد على عكس ذلك . ولهما في الخلافة أن الجناية حصلت على غير مالكة . إذ المرتهن غير مالك للعين وحصولها على غير المالك يوجب الضمان كما لو حصلت على أجنبي آخر . فإن قيل : ماليته محتبسة بدينه فلا فائدة في إيجاب الضمان . أجاب بقوله (وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد إليه بالجناية فتعتبر) وإن كان يسقط حقه في الدين فإن إبقاء رهننا وجعله بالدين لا يثبت له ملك العين . وربما يكون له غرض في ملك العين فيحصل له باعتباره الجناية . وإن لم يكن له غرض في ذلك يترك طلب الجناية ويستبقه رهننا كما كان . وقواه (ودفعاه) فيه تسامح . لأن المرتهن لا يدفع العبد إلى نفسه . ومخلصه المشاكلة فإنه وإن كان قابلا ذكره بلفظ الدافع لوقوعه في صحبته أو التغليب سماه دافعا وثناه (وله أن هذه الجناية أو اعتبرناها للمرتهن كان التطهير عليه لأنها حصلت في ضمانه) لكونه مخاطبا بالدفع أو الفداء كالراهن . فكان حكم الدفع أو الفداء له وعليه في حق شيء واحد بسبب واحد ، ولا فائدة في ذلك . وقوله (وإن كانت القيمة أكثر من الدين) بأن كان الدين ألفا وأتلف متاع المرتهن فقال للراهن إما أن تقضى نصف دينه أو يباع عليك العبد . فإن امتنع عن القضاء بيع العبد ويستوفى المرتهن من ثمنه تمام قيمة المتاع ؛ فإن بقي شيء من الثمن أخذ الراهن نصفه والمرتهن نصفه ؛ لأنه بدل عبد نصفه أمانة ونصفه مضمون ، وبذل الأمانة للراهن وبذل المضمون للمرتهن . وإن قضى النصف زال الدين وبقي العبد رهننا بحاله ، وهذا وجه ظاهر الرواية ؛ ووجه غيره ما ذكره في الكتاب وهو واضح . وقوله (وهذا) أي ما ذكرنا من كون الجناية على الراهن والمرتهن هدرا (بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن) لأن الأملاك بين الأب والابن حقيقة متباينة فصار كالجناية على الأجنبي . قال (ومن رهن عبدا يساوى ألفا بألف) نقصان القيمة بتراجع السعر بعد ما قبض الرهن ليس بمعتبر فلا يوجب سقوط الدين ؛ ولهذا لو

(قوله وربما يكون له غرض في ملك العين فيحصل له) أقول : يعني يحصل الغرض (قوله ومخلصه المشاكلة الخ) أقول : فيه بحث يظهر على من علم ما المشاكلة (قوله إما أن يقضى نصف دينه) أقول : بقدر الأمانة (قوله وهذا وجه ظاهر الرواية) أقول : ولكن كلمة عن تدب عن كونه الرواية الظاهرة (قال المصنف : وأصله أن النقصان من حيث السعر) أقول : أي أصل جنس هذه المسئلة لا أصل هذه المسئلة

لم يسقط شيء من الدين بتقصان السعر بقي مرهونا بكل الدين . فإذا قتله حرّ غرم قيمته مائة لأنه تعتبر قيمته يوم الإلتلاف في ضمان الإلتلاف : لأن الجابر بقدر الفئات وأخذ المرتهن لأنه بدل المالية في حق المستحق وإن كان مقابلا بالدم على أصلنا حتى لايزاد على دية الحرّ . لأن المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكنا فيما قام مقامه . ثم لا يرجع على الراهن بشيء لأن يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر . وقيمته كانت في الابتداء ألفا فيصير مستوفيا للكل من الابتداء . أو نقول : لا يمكن أن يجعل مستوفيا الألف بمائة لأنه يؤدي إلى الربا فيصير مستوفيا المائة وبقي تسعمائة في العين . فإذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك . بخلاف ما إذا مات من غير قتل أحد لأنه يصير مستوفيا الكل بالعبد لأنه لا يؤدي إلى الربا . قال (وإن كان أمره الراهن أن يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه فيرجع بتسعمائة) لأنه لما باعه بإذن الراهن صار كأن الراهن استرده وباعه بنفسه . ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين إلا بقدر ما استوفى وكذا هذا . قال (وإن قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : هو بالخيار إن شاء افتكه بجميع الدين . وإن شاء سلم العبد المدفوع إلى المرتهن بماله . وقال زفر : يصير رهنا بمائة . له أن يد الرهن يد استيفاء وقد تقرر باخلاص . إلا أنه أخلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره . ولأصحابنا على زفر أن العبد الثاني قائم مقام الأول لحما ودما ، ولو كان الأول قائما وانتقض السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا . فكذلك إذا قام المدفوع مكانه . ولمحمد في الخيار أن المرهون تغير

سماه دافعا وثناه انتهى . أقول : لاصحة لتوجيه المشاكلة هاهنا لأن المشاكلة ذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحبته وهذا لا يتصور إلا إذا تكرر ذكر لفظ وأريد به في المرة الأولى أصل معناه وفي الأخرى غير ذلك كما في قوله تعالى حكاية - تعلم ما في نفسي

نقص به وهو باق على حاله فالراهن يطالب بجميع الدين عند رد المرتهن الرهن إلى الراهن . وقوله (حتى لايزاد على دية الحرّ) نتيجة قوله كان مقابلا بالدم . وقوله (لأن المولى استحقه) دليل قوله لأنه بدل المالية في حق المستحق . وقوله (أو نقول) دليل آخر : أي لا يمكن أن يجعل المرتهن مستوفيا لألف الدين بالمائة التي غرمها الحرّ بقتل الرهن وجعلت رهنا مكانه لأنه يؤدي إلى الربا فيصير مستوفيا المائة وبقي تسعمائة في العين ، وإذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك والباقي ظاهر . واعلم أن صور المسائل هاهنا ثلاث : تراجع قيمة الرهن من ألف إلى مائة مع قيام عينه بحاله . وقتل حرّ العبد الذي قيمته مائة بعد التراجع ، وضمان قيمته مائة . وقتل عبد العبد المرهون ودفعه به . وأقوال العلماء فيها أيضا ثلاثة . أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فتحكم الصورة الأولى والثالثة واحد ، وهو أن الراهن يفتكها بجميع الدين بلا خيار . وقول محمد رحمه الله في الأولى كقولهما وفي الثالثة أن الراهن بالخيار بين أن يأخذ الرهن بجميع الدين كالأولى وبين أن يسلمه إلى المرتهن بماله كالثانية على ما ذكره . وقول زفر رحمه الله إن حكم الصورة الأولى والثالثة واحد في أن الراهن يفتكها بالمائة ويسقط عنه التسعمائة قياسا على الصورة الثانية ، فإن حكمها أن التسعمائة ساقطة عن الراهن بالاتفاق والمرتهن تلك المائة التي ضمنها الحرّ عند حلول الأجل ، ووجوه هذه الأقوال المذكورة في الكتاب . وقوله (لحما ودما) يعنى صورة ومعنى . أما صورة فظاهر . وأما معنى فلأن القاتل كالمقتول في الآدمية والشرع اعتبره جزءا من حيث الآدمية دون المالية ؛ ألا ترى إلى استوائهما في حق القصاص فكذا في حق الدفع أيضا . وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس الخ .

فإنه ليس فيه خلاف زفر . ولك أن تقول : الاتفاق في جواب المسئلة لا ينافي الاختلاف في التخيير (قال المصنف : لأنه بدل المالية) أقول : أي القيمة ، وإنما ذكر التفسير بتأويل الموجب أو باعتبار الخبر (قوله وقوله أو نقول : لا يمكن أن يجعل مستوفيا دليل آخر) أقول : فيه بحث (قوله فإذا هلك يصير مستوفيا) أقول الفاء للتعقيب الذكري وإلا فالهالك مقدم (قال المصنف وإن قتله عند قيمته مائة) أقول : أي قتل العبد الذي قيمته ألف ولم يتراجع سعره لئلا ينزح التكرار .

في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع إذا قتل قبل القبض والمغصوب إذا قتل في يد الغاصب يخير المشتري والمغصوب منه كذا هذا . ولهما أن التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الأول لحما ودما كما ذكرناه مع زفر . وعين الرهن أمانة عندنا فلا يجوز تملكه منه بغير رضاه . ولأن جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وأنه منسوخ . بخلاف البيع لأن الخيار فيه حكمه الفسخ وهو مشروع . وبخلاف الغصب لأن تملكه بأداء الضمان مشروع . ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفوع به فهو على هذا الخلاف (وإذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضاء الجناية على المرتهن وليس له أن يدفع) لأنه لا يملك التملك (ولو فدى طهر المحل فبقى الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء) لأن الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه لإصلاحها (ولو أني المرتهن أن يفدى قيل للراهن ادفع العبد أو افده بالدية) لأن الملك في الرقبة قائم له وإنما إلى المرتهن الفداء لقيام حقه (فإذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها للتخيير) بين الدفع والفداء (فإن اختار الدفع سقط الدين) لأنه استحق لمعنى في ضمان المرتهن فصار كالحلاك

ولا أعلم ما في نفسك - وفيما نحن فيه لم يتكرر ذكر لفظ بل وقع مرة واحدة بصيغة التثنية فسيبيله التغليب لا غير كما لا يخفى (قواه ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفوع به فهو على هذا الخلاف) قال صاحب غاية البيان : وهذا تكرار لا محالة : لأن وضع المسئلة في الفصل الثالث فيما إذا تراجع سعر الرهن إلى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفوع به وقد ذكر الخلاف فيه فلا حاجة إلى أن يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف انتهى . وقال صاحب العناية : قيل في بعض الشروح : وهذا تكرار لا محالة لأن وضع المسئلة في الفصل الثالث : يعني ما عبرنا عنه هاهنا بالصورة الثالثة فيما إذا تراجع سعر الرهن إلى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفوع به وقد ذكر الخلاف . فلا حاجة إلى أن يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف . وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما إذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم أيضا عليه . وذلك سوء ظن بمثل صاحب الهداية الذي حاز قصبات السبق في مضمار التحقيق . وإنما الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما ذكرنا وهذه المسئلة في صورة التراجع ولا تكرار ثمة . إلى هنا لفظ العناية . أقول : ما مر في بيان صور المسائل الثلاث إنما هو عبارة البداية المأخوذة من الجامع الصغير . والإنصاف أنها لا تساعد جعل الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما فعله صاحب العناية وصاحب الكفاية . وإنما تساعد جعلها في تراجع السعر أيضا كما فعله صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية وصاحب الغاية ، أو جعلها فيما هو أعم من تراجع السعر ومن عدم تراجعه فإن نص عبارة البداية على وفق ما في الجامع الصغير هكذا

وقوله (كالمبيع إذا قتل قبل القبض والمغصوب في يد الغاصب) يعني إذا قتلها عبد ودفع مكانها فإن المشتري يتخير بين أن يأخذها بكل الثمن وبين أن يفسخ البيع لتغير المبيع وفي الغصب يتخير المغصوب منه بين أن يأخذ المدفوع مكانه وبين أن يطالب الغاصب بقيمة المقتول . وقوله (وأنه منسوخ) يعني بقوله عليه الصلاة والسلام « لا يغلق الرهن ثلاثا » وقوله (ولو كان العبد تراجع سعره إلى قوله فهو على هذا الخلاف) قيل في بعض الشروح : هذا تكرار لا محالة . لأن وضع المسئلة في الفصل الثالث : يعني ما عبرنا عنه هاهنا بالصورة الثالثة فيما إذا تراجع سعر الرهن إلى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفوع به وقد ذكر الخلاف فيه فلا حاجة إلى أن يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف . وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما إذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم عليه أيضا . وفي ذلك سوء ظن بمثل صاحب الهداية الذي حاز قصبات السبق في مضمار التحقيق . وإنما الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما ذكرنا . وهذه المسئلة في صورة التراجع ولا تكرار ثمة (وإذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضاء الجناية على المرتهن) يعني إذا كانت القيمة والدين سواء . أما إذا كانت القيمة أكثر فسيأتي . وإنما كانت الجناية

(قوله قيل في بعض الشروح) أقول : القائل هو الإتياني وقوله وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما إذا تراجع السعر (أقول : وكذلك جعل الكاكي في معراج الدراية . وأما صاحب الكفاية فإنه مشى على طريق الشيخ الشارح .

(وكذلك إن فدى) لأن العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء : بخلاف والد الرهن إذا قتل إنسانا أو استهلك ماله حيث يخاطب الرهن بالدفع أو الفداء في الابتداء لأنه غير مضمون على المرتهن - فإن دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك في الابتداء - وإن فدى فهو رهن مع أمه على حالهما (ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته - فإن أدى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله كما في الفداء - وإن أبى قبل للراهن به في الدين إلا أن يختار أن يؤدي عنه - فإن أدى بطل دين المرتهن) كما ذكرنا في الفداء (وإن لم يؤديه وبيع العبد فيه يأخذ صاحب دين العبد دينه) لأن دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى .

ومن رهن عبدا يساوى ألنا بألف إلى أجل فنقص في السعر ورجعت قيمته إلى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الأجل فإن المرتهن يقبض المائة قضاء من حقه ولا يرجع على الراهن بشيء ، وإن كان أمره الراهن ببيعه فباعه بمائة قبض المائة قضاء من حقه ورجع بتسعمائة ، فإن قتله عبد قيمته مائة فدفعت إليه مكانه افتكه بجميع الدين . وقال محمد رحمه الله : هو بالخيار إن شاء افتكه بجميع الدين وإن شاء سلم العبد المدفوع إلى المرتهن انتهى . ولا يخفى عليك أن قوله فإن قتله عبد الخ عطف على قوله ثم قتله رجل وأن الظاهر المتبادر أن ضمير قتله في المعطوف راجع إلى مارجع إليه ضمير قتله في المعطوف عليه ، ولا شك أن الضمير في المعطوف عليه راجع إلى العبد المرهون الذي نقص في السعر ، فكذا الضمير الذي في المعطوف كما ذهب إليه أصحاب النهاية ومعراج الدراية وغاية البيان . وإن أخرج الضمير في المعطوف عما هو الظاهر المتبادر من رجوعه إلى ما رجع إليه ضمير المعطوف عليه فلا أقل من إرجاعه إلى مطلق العبد المرهون المذكور في ضمن العبد المرهون المقيد بنقصان سعره في المعطوف عليه وعلى كلا التقديرين لا يخلو ما ذكره المصنف ها هنا بقوله ولو كان تراجع سعره الخ عن شائبة التكرار ، وأما إرجاع الضمير في المعطوف إلى العبد المرهون المقيد بعدم تراجع السعر فما لاتساعده العبارة المذكورة قطعاً على مقتضى العربية فلا وجه للمصير إليه تبصر ترشد (قوله لأن دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى) قال صاحب النهاية :

عليه لأن العبد في ضمانه . وقوله (لأن العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن) يعنى وإذا كان على المرتهن وقد أدّاه الراهن وجب له على المرتهن مثل ما أدى إلى ولي الجناية وللمرتهن على الراهن دين فالتقيا قصاصا فيسلم الرهن للراهن ولا يكون متبرعا في أداء الفداء لأنه يسعى في تخلص ملكه كغير الرهن . وقوله (وحق ولي الجناية) بالجر معطوف على دين المرتهن : يعنى أن دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى حق ولي الجناية أيضا . حتى لو جنى العبد المديون دفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتي في الديات . وقوله (لتقدمه على حق المولى) أى لتقدم دين العبد على حق المولى ، وإذا كان مقدما على حق المولى

(قال المصنف : لأن دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية الخ) أقول : قال الإقناني : قوله وحق ولي الجناية بالنصب أو بالرفع عطف على لفظ دين العبد أو محله ، معناه : أن دين العبد مقدم على دين المرتهن ، وكذا حق ولي الجناية أيضا مقدم على حق المرتهن ، لأن كل واحد منهما مقدم على حق المولى ، فلأن يقدم على حق المرتهن أولى ، لأن حق المالك أقوى ويدل على هذا التصريح التصريح القدورى بذلك في شرحه ، وقد مر آنفا تحقيقه أن المصنف ذكر جناية العبد المرهون أولا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله وإذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن ، ثم ذكر دين العبد ثانيًا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا ، وهذا كله يدل على أن مراد المصنف ما ذكرنا . وقال بعضهم في شرحه : قوله وحق ولي بالجر : أى دين العبد مقدم على دين المرتهن ، ومقدم أيضا على حق ولي الجناية ، حتى لو جنى وعليه دين يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء . فأقول : هذا في غاية الضعف ، لأن المسئلة التي استشهد بها تدفع كلامه لأنه قال ودين العبد مقدم على حق ولي الجناية . وفي المسئلة قول حق ولي الجناية ثم رتب عليه حق الغرماء وأنه مناقضة لاحالة انتهى . ونحن نقول : فيه بحث فإنه تأخير صورة لكنه تقديم معنى حيث لم يبق في يد ولي الجناية شيء كما لا يخفى (قوله وقوله وحق ولي الجناية بالجر معطوف على دين المرتهن) أقول : ولعل النصب أولى عطفًا على دين العبد : أى حق ولي الجناية مقدم على دين المرتهن . وإنما قلنا ذلك أولى لعدم ظهور دلالة قوله لتقدمه على حق المولى (قال المصنف : لتقدمه على حق المولى)

(فإن فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن أو أكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن) لأن الرقبة استحققت لمعنى هو في ضمان المرتهن فأشبهه الهلاك (وإن كان دين العبد أقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ، ثم إن كان دين المرتهن قد حلّ أخذه به) لأنه من جنس حقه (وإن كان لم يحل أمسكه حتى يحل : وإن كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم أخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على أحد حتى يعتق العبد) لأن الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر إلى ما بعد العتق (ثم إذا أدى بعده لا يرجع على أحد) لأنه وجب عليه بفعله (وإن كانت قيمة العبد ألفين وهو رهن بألف وقد جنى العبد يقال لهما افدياه) لأن النصف منه مضمون والنصف أمانة . والفداء في المضمون على المرتهن . وفي الأمانة على الراهن : فإن أجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن : والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بينا وإنما منه الرضا به (فإن تشاحا فالقول لمن قال أنا أفدى راھنا كان أو مرتھنا) أما المرتهن فلائنه ليس في الفداء لإبطال حق الراهن : وفي الدفع الذى يختاره الراهن إبطال المرتهن : وكذا في جناية ولهده الرهن إذا قال المرتهن أنا أفدى له

قوله وحق ولى الجناية بالجر : أى دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم على حق ولى الجناية أيضا ، حتى أنه لو جنى وعليه دين يدفع إلى ولى الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتى في جناية المملوك في الديات . وقوله لتقدمه على حق المولى : أى لتقدم حق العبد على حق المولى ، فإذا كان مقدما على حق المولى يكون مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولى الجناية : لأن المرتهن يقوم مقام المولى في المالية ، وولى الجناية يقوم مقام المولى في ملك العين ، إلى هنا كلامه . واقتنى أثره في هذا البيان جماعة من الشراح منهم صاحب العناية . وقال صاحب الغاية : قوله وحق ولى الجناية بالنصب أو بالرفع عطف على لفظ دين العبد أو عمله : معناه أن دين العبد مقدم على دين المرتهن ، وكذا حق ولى الجناية أيضا مقدم على دين المرتهن لأن كل واحد منهما مقدم على حق المولى ، فلأن يقدم على حق المرتهن أولى : لأن حق المالك أقوى ، ويدل على هذا التقرير تصريح القدورى بذلك في شرحه : وقد مرّنا تحقيقه أن المصنف ذكر جناية العبد المرهون أولا ، وتقدمه على حق المرتهن عند قوله وإذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن . ثم ذكر دين العبد ثانيا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا ، وهذا كله يدل على أن مراد المصنف ما ذكرنا . وقال بعضهم في شرحه قوله وحق ولى بالجر : أى دين العبد مقدم على دين المرتهن ، ومقدم أيضا على حق ولى الجناية ، حتى لو جنى وعليه دين يدفع إلى ولى الجناية ثم يباع للغرماء . فأقول : هذا في غاية الضعف ، لأن المسئلة التى استشهد بها تدفع كلامه لأنه قال : دين العبد مقدم على حق ولى الجناية ، وفي المسئلة قدم حق ولى الجناية ثم رتب عليه حق الغرماء وأنه مناقضة لاحالة ، إلى هنا لفظ الغاية . أقول : لاندافع بين كلام هؤلاء الشراح وبين المسئلة التى استشهدوا بها ، إذ لا يشبهه على الفطن تحقق تقديم حق الغرماء حقيقة على حق ولى الجناية في تلك المسئلة ، فإنه وإن دفع العبد الجاني أولا إلى ولى الجناية إلا أنه لم يبق في يده بل بيع ودفع ثمنه إلى الغرماء ، وقد نبه عليه صاحب الكفاية حيث قال : لأنه وإن دفع إلى ولى الجناية أولا ، لكن إذا بيع لم يبق للدفع أثر فعلم أن الدين كان مقدما حقيقة انتهى (قوله فإن فضل شيء الخ) أقول : فيه شيء ، وهو أن الظاهر من أسلوب تحرير الكتاب أن يكون قوله فإن فضل شيء الخ من متفرعات

كان مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولى الجناية ، فإن المرتهن يقوم مقام المولى في المالية ولى الجناية في ملك العين . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأنه لا يملك التملك . وقوله (فإن تشاحا) بأن اختار الراهن الفداء والمرتهن الدفع أو بالعكس

أقول : في دلالة على التقدم على حق ولى الجناية بحث ، فإنه كما يقال للمولى في الاستهلاك بيع أو أد المال ، كذلك يقال في الجناية ادفع أوافد (قوله فإن المرتهن يقوم مقام المولى في المالية) أقول : وكذلك صاحب دين العبد قائم مقامه في المالية حيث يباع ويعطى ثمنه له فلا يظهر بذلك التقدم خصوصا على حق ولى الجناية بل عكسه أظهر لأن المولى مخاطب فيه بدفع عين العبد ، وعليك بإمعان النظر (قال المصنف : فإن أجمعا على الدفع دفعا) أقول : فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز في قوله دفعا ، ولا يقال المزاد رضيا بالدفع

ذلك وإن كان المسالك يختار الدفع ، لأنه إن لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه . وله في الفداء غرض صحيح ، ولا ضرر على الراهن فكان له أن يفدى ، وأما الراهن فلأنه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره (ويكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الأمانة حتى لا يرجع على الراهن) لأنه يمكنه أن لا يختاره فيخاطب الراهن . فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعا ، وهذا على ما روى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يرجع مع الحضور . وسنبين القولين إن شاء الله تعالى (ولو أباي المرتهن أن يفدى وفداء الراهن فإنه يختصب على المرتهن نصف الفداء من دينه) لأن سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا . ثم ينظر إن كان نصف الفداء مثل الدين أو أكثر بطل الدين ، وإن كان أقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقي لأن الفداء في نصف كان عليه ، فإذا أداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عاياه فيصير قصاصا بدينه . كأنه أوفى نصفه فيبقى العبد رهنا بما بقي (ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع . وإن كان غائبا لم يكن متطوعا) وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف ومحمد والحسن وزفر رحمهم الله : المرتهن متطوع في الوجهين ، لأنه فدى ملك غيره بغير أمره فأشبهه الأجنبي . وله أنه إذا كان الراهن حاضرا أمكنه مخاطبته ، فإذا فداء المرتهن فقد تبرع كالأجنبي ، فأما إذا كان الراهن غائبا تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج إلى إصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك إلا بإصلاح الأمانة فلا يكون متبرعا . قال (وإذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين) لأن الوصى قائم مقامه ، ولتولى الوصى حيا بنفسه كان له ولاية البيع بإذن المرتهن فكذا لو وصيه (وإن لم يكن له وصى نصب القاضى له وصيا وأمره بيعه) لأن القاضى نصب ناظرا لحقوق المسلمين إذا عجزوا عن النظر لأنفسهم والنظر في نصب الوصى ليؤدى ما عليه لغيره ويستوفى ماله من غيره (وإن كان على الميت دين فرهن الوصى بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجوز وللآخرين أن يردوه) لأنه أثر بعض

المسئلة السابقة وهى قوله ولو استهلك العبد المهرن مالا يستغرق رقبته . ولا يذهب على ذى مسكة أن المال المستهلك إذا استغرق رقبة العبد لا يتصور أن يفضل على دين الغريم شيء من ثمن العبد الذى بيع فيلزم أن لا ينتظم المعنى ، اللهم إلا أن يكون قوله فإن فضل شيء الخ مسئلة مباينة للمسئلة الأولى مقابلة لها لا متفرعة عليها ، ويكون الفداء في قوله فإن فضل لجرد الترتيب المذكور كما تستعمل الفداء في هذا المعنى أيضا على ما عرف في علم الأدب تأمل .

فالمعتبر هو الفداء ، وذكر جانب المرتهن إذا اختار الفداء والمرتهن الدفع أو بالعكس فالمعتبر هو الفداء ، وذكر جانب المرتهن إذا اختار الفداء ، ثم ذكر جانب الراهن إذا اختار ذلك بعد ذكره جناية ولد الرهن . وقوله (لأن سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع) يعنى أن الراهن إذا خاطب فلا بد له من أحدهما ، وأيهما كان سقط الدين فلم يجعل الراهن في الفداء بقدر الدين متطوعا . وقوله (وإن كان غائبا) ذكر في الأسرار أن المراد به الغيبة المنقطعة . قوله (وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله) وما بعده هو الموعود يقوله وسنبين القولين وما بعده واضح الخ .

بطريق عموم المجاز لأنه لا يكون مسببا عن الإجماع على الدفع والمخلص التغليب (قال المصنف : وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله) أقول : قال الإمام الزيلعي وعن زفر عن أبي حنيفة رحمه الله على عكسه أن الراهن إذا كان حاضرا فالمرتهن لا يكون متطوعا في الفداء وإن كان غائبا كان متطوعا فيه . ووجهه أن المجنى عليه لا يخاطب المرتهن حال غيبة الراهن لأنه ليس بمالك ولا يقدر على الدفع ولا يتمكن من أخذ العبد منه ما لم يحضر الراهن فلا حاجة له إلى الفداء ، فإذا فداء من غير حاجة إليه كان متطوعا ، وأما في حالة حضرته فالمجنى عليه يخاطبها بالدفع والفداء ، فلا يتوصل المرتهن إلى استدامة يده إلا بالفداء فكان مضطرا إليه فلا يكون متطوعا كغير الراهن ، وصاحب العلو إذا بنى السفلى ثم بنى عليه علوه انتهى . ولا يخفى أن هذا الوجه يرد اعتراضا على ظاهر الرواية ، ولا يخلو الخلاص عنه عن الإشكال .

الغرماء بالإيفاء الحكيم فأشبه الإيثار بالإيفاء الحقيقي (فإن قضى دينهم قبل أن يردوه جاز) لزوال المانع بوصول حقهم إليهم (ولولم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن) اعتبارا بالإيفاء الحقيقي (وبيع في دينه) لأنه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده (وإذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز) لأنه استيفاء وهو يملكه . قال رضى الله عنه : وفي رهن الوصي تفصيلات نذكرها في كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى .

(فصل)

قال (ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوى عشرة فهو رهن بعشرة) لأن ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن ، إذ المحل بالمالية فيهما . والخمر وإن لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء ، حتى أن من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد إلا أنه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما إذا

(فصل)

هذا الفصل بمنزلة المسائل المتفرقة المذكورة في أواخر الكتب ، فلذلك أخره استدراكا لما فات فيها سبق (قوله لأن ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن إذ المحل بالمالية فيهما والخمر وإن لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء) أقول : لقائل أن يقول

(فصل)

هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التي تذكر في أواخر الكتب (ومن رهن عصيرا قيمته عشرة بعشرة ثم صار خلا ولم ينقص مقداره فهو رهن بعشرة) وإن نقص سقط من الدين بقدره . ولا يعتبر بنقصان القيمة لأن الفات مجرد وصف . وبفواته في المكيل والموزون لا يسقط شيء من الدين عندهم ، وإنما يتخير الراهن بين أن يفكه ناقصا بجميع الدين وبين أن يضمن قيمته ويجعلها رهنا عنده عند أبي حنيفة . وأبي يوسف ، وعند محمد بين أن يفكه ناقصا وبين أن يجعله بالدين كما في القلب إذا انكسر فقوله يساوى عشرة وقع اتفاقا . وقوله (لأن ما يكون محلا للبيع) يعنى أن الرهن محلا للبيع في الاحتياج إلى المحل فيعتبر محله بمحله . والخمر لا يصلح محلا للبيع ابتداء ويصلح بقاء ، حتى أن من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض لم يبطل عقده فكذا في الرهن . ولقائل أن يقول : ما يرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء ، فما بال هذا تخلف عن ذلك الأصل ؟ ويمكن أن يجاب عنه بأنه كذلك فيما يكون المحل باقيا ، وها هنا يتبدل المحل بحكما يتبدل الوصف فذلك تخلف عن ذلك الأصل . واعلم أن العصور المرحون إذا تخمر فإما أن يكون الراهن والمرتهن مسلمين أو كافرين أو يكون الراهن وحده مسلما أو بالعكس ، فإن كانا كافرين فالرهن بحاله تخلل أو لم يتخلل . وفي الأقسام الباقية إن تخلل فكذلك ، وإليه يلوح إطلاق المصنف رحمه الله حيث قال : ثم صار خلا :

(فصل ومن رهن عصيرا)

(قال المصنف : ومن رهن عصيرا بعشرة وقيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوى عشرة الخ) أقول : قال الزيلعي : يشير إلى أن المتبر فيه في الزيادة والنقصان القيمة وليس كذلك بل المتبر فيه القدر لأن العصور والمحل من المقدرات ، لأنه إما مكيل أو موزون ، وفيهما نقصان القيمة لا يوجب سقوط شيء من الدين كما في انكسار القلب ، وإنما يوجب الخيار على ما ذكرنا لأن الغائب فيه مجرد الوصف : وفوات شيء من الوصف في المكيل والموزون لا يوجب سقوط شيء من الدين بإجماع الصحابة ، فيكون الحكم فيه أنه إن نقص شيء من القدر سقط بقدره من الدين ، وإلا فلا انتهى . فكان الأصوب أن يقول : بتل قوله يساوى عشرة الخ ، والمقدار باق على حاله . (قال المصنف : لأن ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن) أقول : متقوض بالشائع . والجواب أن فيه مانعا (قوله ويمكن أن يجاب عنه بأنه كذلك فيما يكون المحل باقيا) أقول : فيه بحث ، لأن ما ذكره أن يكون السالب لقابلية المحل وهو تبدل وصف العصرية إلى الخمرية مصححا لها . والأولى أن يجاب بأن الخمر قابل للحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء ، كما إذا كان لمسلم عصير فتخمر فإنه لا يخرج به

تعيبا (ولو رهن شاة قيمتها عشرة عشرة فانت فديغ جلدھا فصار يساوى درهما فهو رهن بدرهم) لأن الرهن يتقرر بالهلاك . فإذا حيي بعض المحل يعود حكمه بقدره . بخلاف ما إذا ماتت الشاة المبعة قبل القبض فديغ جلدھا حيث لا يعود البيع لأن البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود . أما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه . ومن مشايخنا من يمنع مسألة البيع ويقول : يعود البيع . قال (ونماء الرهن للراهن وهو مثل الولد والنثر واللبن والصوف) لأنه متولد من ملكه ويكون رهنًا مع الأصل لأنه تبع له . والرهن حق لازم فيسرى إليه (فإن هلك يهلك بغير شيء) لأن الأتباع لا قسط لها مما يقابل بالأصل لأنها لم تدخل تحت العقد مقصودا إذ اللفظ لا يتناها (وإن هلك الأصل وبقي النماء افتركه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك) لأن الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك إذا بقي إلى وقته . والتبع يقابله شيء إذا صار مقصودا كولد المبيع : فما أصاب الأصل يسقط من الدين لأنه يقابله الأصل مقصودا .

لو كان مدار مسئلتنا المذكورة على هذا القدر من التعليل لما ظهر فائدة قوله ثم صار خلا في وضع المسئلة . بل كان يكون أن يقال : ومن رهن عصيرا بعشرة فتخمر فهو رهن بعشرة لكفاية التعليل المذكور بعينه في إثبات هذا المعنى العام فتأمل .

يعنى بنفسه . وإن لم يتخلل بنفسه فهل للمرتهن أن يخله أولا ؟ فيه تفصيل . إن كانا مسلمين أو كان الراهن مسلما جاز تخليله . لأن المسألة وإن تلفت بالتخمر بحيث لا يضمن وذلك يسقط الدين . لكن إعادتها ممكنة بالتخلل فصار كتحليل الرهن من الجناية والمرتهن ذلك ، وإذا جاز ذلك في المسلمين والخمر ليست بمحل بالنسبة إليهم فلا يجوز في المرتهن الكافر أولى لأنها محل بالنسبة إليه . وأما إذا كان الراهن كافرا فله أن يأخذ الرهن والدين على حاله : لأن صفة الخمرية لاتعدم المالية في حقه فليس للمرتهن المسلم تخليلها ، فإن خللها ضمن قيمتها يوم خللها لأنه صار غاصبا بما صنع ، كما لو غصب خمر ذى فخلها فخلل له . وتقع المقاصة إن كان الدين من جنس القيمة ، ويرجع بالزيادة إن نقصت قيمتها يوم التخليل من دينه . وقوله (فهو رهن بدرهم) يعنى إن كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما ، وأما إذا كانت قيمته يومئذ درهمين فهو رهن بدرهمين ويعرف ذلك بأن ينظر إلى قيمة الشاة حية ومسلوخة فإن كانت قيمتها حية عشرة وقيمتها مسلوخة تسعة كانت قيمة الجلد يوم الارتها درهما ، وإن كانت قيمتها مسلوخة ثمانية كانت درهمين ، هذا إذا كانت القيمة مثل الدين ، فإن كانت أكثر أو أقل فهي مذكورة في النهاية . قال (ونماء الرهن للراهن الخ) الأصل أن الأوصاف القارة في الأمهات تسرى إلى الأولاد إذا كانت صالحة لأحكامها ، والرهن منها لكونه حقا لازما إذ اللازم هو القار ، والقار ما يكون ثابتا في جملة الأم . ولا ينفرد من عليه بإبطال حكمه ككونها حرة وقنة ومبيعة ومكاتب ومندوبة ، وإنما فسرنا بذلك لثلا ترد كفالة الحرة فإنها ماتت تسرى إلى الأولاد والزكاة بعد كمال الحول كذلك فإنهما يثبتان في ذمة الكفيل والمالك لا في عين الأمهات ، ولثلا يرد ولد الجانية فإن من عليه ينفرد بالإبطال باختيار الفداء . وإنما قيدنا الأولاد بصلاحيتهما لأحكام الأوصاف لثلا يرد ولد المغصوبة والمستأجرة والمنكوحه والموصى بخدمتها . لأن الأولاد

عن ملكه ، فإذا مات يرثه قريبه المسلم فيثبت له الملك ابتداء وبقاء ، والعقود شرعت لأحكامها ، وإنما لم يكن محلا للعقد ابتداء للهوى عن الاقتراب والاشتراك ، ولا يوجد ذلك في البقاء فليتأمل (قوله والخمر ليست بمحل) أقول : للرهن ابتداء (قوله لأنها محل بالنسبة إليه) أقول : نعم ، إلا أنه ليس كتحليل الرهن من الجناية بالنسبة إليه ، لكن لاغرو فإن كونه كذلك بالنسبة إلى الراهن كاف (قوله وإنما فسرنا الخ) أقول : أي اللازم (قوله فإنهما يثبتان في ذمة الكفيل والمالك لا في عين الأمهات) أقول : هذا تعليل لقوله لثلا يرد الخ : يعنى لا في جملة ما : أي في جملة الكفيل والأم التي ثبت حق الزكاة فيها ، وفيه تأمل فإن كونها مالا يثبت فيه حق الزكاة وصف ثابت بجملة ما . ثم أقول : ولك أن تقول : يخرج الجواب عن ولد المستأجرة والموصى بخدمتها بأنهما لا يثبتان في عين الأمهات لكون كل منهما عقدا على المنفعة (قوله ولثلا يرد ولد الجانية فإن من عليه الخ) أقول : لفظة من عبارة عن المولى (قوله ينفرد بالإبطال) أقول : أي بإبطال الجناية عن الأم بالتزامها في ذمته باختيار الفداء (قوله باختيار الفداء) أقول : فلي هذا لو كانت وصفا قارا لا يرد نقضا لعدم ثبوتها للأم

وما أصاب النماء افتكه الراهن لما ذكرنا . وصور المسائل على هذا الأصل تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى . وتامه في الجامع والزيادات (ولورهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عايه في شيء من ذلك) أما الإباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر لأنها إطلاق وليس بتمليك فتصح مع الخطر (ولا يسقط شيء من الدين) لأنه أتلفه بإذن المسالك (فإن لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة ، فما أصاب الشاة سقط وما أصاب اللبن أخذه المرتهن من الراهن) لأن اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كأن الراهن أخذه وأتلفه فكان مضمونا عليه فيكون له حصته من الدين فبقى بخصته . وكذلك ولد

قال صاحب العناية : ولقائل أن يقول : ما يرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء ، فما بال هذا تخلف عن ذلك الأصل ؟ قال : ويمكن أن يجاب عنه بأنه كذلك فيما يكون المحل باقيا ، وهاهنا يتبدل المحل حكما بتبدل الوصف فلذلك تخلف عن ذلك الأصل انتهى . أقول : في الجواب بحث . إذ لقائل أن يعود ويقول : لو كان يتبدل المحل هاهنا بتبدل الوصف كان ينبغي أن يبطل العقد فيما إذا اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض ، إذ على تقدير تبدل المحل يلزم أن يكون المبيع هالكا قبل القبض في هاتيك الصورة . وقد قالوا في المسئلة الآتية : إن البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض وأن المنتقض لا يعود . مع أنه ذكر في الكتاب أن من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد إلا أنه يتخير في البيع . فإن قيل : هذا التبدل ليس بتبدل حقيقي بل هو تبدل حكمي كما صرح به صاحب العناية . والذي يستلزم كون البيع هالكا إنما هو التبدل الحقيقي دون الحكمي . قلنا : فلقائل أن يقول : ما بال هذا التبدل الحكمي كان له تأثير في التخلف عن ذلك الأصل المقرر ولم يكن له تأثير في كون المبيع هالكا ، وما الفارق بينهما . وبالجمله للكلام مجال في كل حال . وأورد بعض الفضلاء على الجواب المزبور بوجه آخر حيث قال : فيه بحث : لأن مآل ما ذكره أن يكون السالب لقابلية المحلية وهو تبدل وصف العصرية إلى الخمرية مصححا لها . وقال الأول أن يجاب بأن الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء : كما إذا كان لمسلم عصير فتخمر فإنه لا يخرج به عن ملكه . فإذا مات ورثه قريبه المسلم فيثبت له الملك ابتداء وبقاء . والعقد شرعت لأحكامها . وإنما لم يكن محلا للعقد ابتداء لانتهى عن الاقتراب والاعتراض .

حين الولادة لم تصلح لأحكام هذه الأوصاف . أما في غير الغصب فظاهر . وأما في الغصب فلأن الضمان به يعتمد قبضا مقصودا بغير حق ولم يتحقق في الولد ، وإذا ظهر هذا علم أن نماء الرهن كاللبن والتمر والصوف والولد لاراهن لأنه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الأصل لأنه تبع له . ففي الأصل وصفان لازمان : الملك ، وكونه رهنا فيسريان إلى الولد ، فإن هلك الولد هلك بغير شيء لأن الأتباع لا قسط لها مما يقابل بالأصل إذا لم تكن مقصودة لأنها لم تدخل تحت العقد مقصودا إذ اللفظ لم يتناولها ، وإن هلك الأصل وبقي النماء افتكه الراهن بخصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض لأنه مضمون بالقبض كما تقدم وقيمة النماء يوم الفكك . لأنه إنما صار مضمونا به . ولو هلك قبله هلك مجانا ، والتبع يقابله شيء إذا صار مقصودا كولد المبيع فإنه يكون له حصة من الثمن إذ صار مقصودا بالقبض . والزيادة هاهنا صارت مقصودة بالفكك فيخصه شيء من الدين ، فما أصاب الأصل يسقط من الدين بقدره لأنه يقابله الأصل مقصودا . وما أصاب النماء افتكه الراهن به . وقوله (وصور المسائل على هذا الأصل) يعني ما ذكرنا من قسمة الدين على قيمتهما يوم القبض والفكك (تخرج) وفي ذلك كثرة وتطويل فأعرض عنها وتابعناه في ذلك . وقوله (فيصح تعليقها بالشرط) يريد بالشرط قوله فما حلبت فإن كلمة « ما » تضمنت معنى الشرط ولهذا دخل الفاء في خبرها . وقوله (لأنه أتلفه بإذن المسالك) فيه إشارة إلى أنه لو أتلف بغير إذنه ضمن وكانت القيمة رهنا مع الشاة ، وكذا

(قوله وأما في الغصب فلأن الضمان به يعتمد قبضا مقصودا الخ) أقول : وإذا انعدم سبب الغصب وهو القبض مقصودا انعدم حكمه للاحالة (قوله وقيمة النماء يوم الفكك لأنه إنما صار مضمونا به) أقول : الضمير في به راجع إلى الفكك (قوله إذا صار مقصودا بالقبض)

الشاة إذا أذن له الراهن في أكله . وكذلك جميع النماء الذى يحدث على هذا القياس . قال (وتجاوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين) عند أبي حنيفة ومحمد ولا يصير الرهن رهنا بها . وقال أبو يوسف : تجوز الزيادة في الدين أيضا . وقال زفر والشافعي : لا تجوز فيهما ، والخلاف معهما في الرهن ، والثمن والمهر والمنكوحة سواء ، وقد ذكرناه في البيوع . ولأبي يوسف في الخلافة الأخرى أن الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالثمن فتجاوز الزيادة فيهما كما في البيع . والجامع بينهما الائتحاق بأصل العقد للحاجة والإمكان . ولهما وهو القياس أن الزيادة في الدين توجب الشئوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا . والزيادة في الرهن توجب الشئوع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن : ألا ترى أنه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين جاز ، وإن كان

ولا يوجد ذلك في البقاء فليتأمل انتهى ، إلى هنا كلامه . أقول : جوابه الذى عده أولى ليس بشيء لأن مورد السؤال الذى ذكره صاحب العناية بقوله ولقائل أن يقول الخ إنما هو قولهم في تحليل هذه المسئلة أن ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن ، والخمر إن لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حيث ورد عليه أن ما يرجع إلى المحل فلا ابتداء والبقاء فيه سواء ، فما معنى كون الخمر محلا للبيع في البقاء دون الابتداء . ولا شك أن القول بأن الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء لا يدفع السؤال المزبور المورد على قولهم في التحليل المذكور أن الخمر إن لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء ، بل يكون ما له تغيير تحليلهم المذكور ، إلى أن يقال : إن ما يكون حكما للبيع يكون حكما للرهن والخمر قابل لحكم البيع ابتداء وبقاء فكذا في الرهن ، وهذا مع كونه عدولا عن تحليلهم المرضى عندهم ليس بصحيح في نفسه : إذ لا ريب أن ما يكون حكما للبيع وهو ملك العين لا يكون حكما للرهن . فإن حكم الرهن إنما هو ثبوت يد الاستيفاء والحبس للمرتهن لا غير كما تقرر فيما مر (قوله ولهما وهو القياس أن الزيادة في الدين توجب الشئوع في الرهن الخ) أقول : لقائل أن يقول : لا فائدة لقوله وهو القياس في أثناء ذكر دليلهما ، لأن دليل أبي يوسف أيضا هو القياس كما أفصح عنه تقرير المصنف إياه حيث قال : إن الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالثمن . ثم قال : والجامع بينهما الائتحاق بأصل العقد للحاجة والإمكان ، وعن هذا ترك صاحب الكافي القيد المذكور أعنى قوله وهو القياس في أثناء تقرير دليلهما . والجواب أنه ليس مراد المصنف هاهنا بقوله وهو القياس الاحتراز عن أصل أبي يوسف في هذه المسئلة التي هي الخلافة الأخرى وهي مسئلة الزيادة في الدين . بل مراده بذلك هو الاحتراز عن أصل أئمتنا الثلاثة في الخلافة الأولى وهي مسئلة الزيادة في الرهن . فإن أصلهم فيها هو الاستحسان كما صرح به في النهاية وغيرها ، والباعث على تقييد المصنف هاهنا بهذا الاحتراز هو أنه لما كان دليل أبي يوسف في الخلافة الأخرى هو القياس كما أفصح عنه تقريره

لوفعل الراهن ذلك بدون إجازة المرتهن . قال (وتجاوز الزيادة في الرهن الخ) الزيادة في الرهن مثل أن يرهن ثوبا بعشرة يساوى عشرة ثم يزيد الراهن ثوبا آخر ليكون مع الأول رهنا بالعشرة جاز عند علمائنا رحمهم الله ، والزيادة على الدين لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف . وقال زفر والشافعي : لا تجوز الزيادة فيهما جميعا ، والخلاف معهما في الرهن والثمن والمهر والمنكوحة ، وهو أن يزوج المولى أمته من رجل بألف ثم تزوج أمة أخرى بذلك الألف وقبل الزوج يصح العقد ان ويقسم الألف عليهما . وذكر في الأسرار وطريقة البر عزى وغير ذلك أن ذلك لم يصح . ونقل عن حميد الدين الضرير رحمه الله أنه قال : يجوز أن يكون مرادهم من قولهم لا تجوز الزيادة في المنكوحة أن يقول المولى زدت لك أمة أخرى بذلك المهر . أما لو قال زوجتك هذه الأمة الأخرى بذلك المهر لزم أن يصح . وقوله (ألا ترى أنه لو رهن عبدا بخمسمائة) يعنى من الدين الذى هو

أقول : إذا ماتت الأم (قال المصنف : وتجاوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين) أقول : معناه لا يكون الرهن رهنا بالزيادة لأن نفس زيادة الدين على الدين غير صحيحة ، لأن الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الأول جائز لمجماع (قال المصنف : وقد ذكرناه في البيوع) أقول : المذكور فيه خلافها في زيادة الثمن وحظه لا غير (قوله أن يقول المولى زدت لك أمة أخرى) أقول : فإنه ليس فيه لفظ التزويج

الدين ألفا وهذا شيوخ في الدين والاتحاق بأصل انعقد غير ممكن في طرف الدين لأنه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن . وكذا يبقى بعد انفساخه . والاتحاق بأصل العقد في بدل العقد . بخلاف البيع لأن الثمن بدل يجب بالعقد ، ثم إذا صححت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الأول يوم القبض . وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت . حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الأول يوم القبض ألفا والدين ألفا يقسم الدين أثلاثا ، في الزيادة ثلث الدين . وفي الأصل ثلثا الدين اعتبارا بقيمتيهما في وقتي الاعتبار ، وهذا لأن الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض (وإذا ولدت المهرونة ولدان . إن الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد ألف فالعبد رهن مع الوالد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة) لأنه جعله زيادة مع الولد دون الأم (ولو كانت الزيادة مع الأم يقسم الدين على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض . فما أصاب الأم قسم عليها وعلى ولدها) لأن الزيادة دخلت على الأم . قال (فإن رهن عبدا يساوى ألفا بألف ثم أعطاه عبدا آخر قيمته ألف رهنا

جاز أن يتوهم أن دليلهما في هذه المسئلة هو الاستحسان لكونهما في خلافة هاهنا ، فنه على أن أصلهما أيضا هو القياس في هذه المسئلة ، وإنما الاستحسان أصلهم في الخلافة الأولى (قوله والاتحاق بأصل العقد غير ممكن في طرف الدين لأنه غير معقود عليه ولا معقود به : بل وجوبه سابق على الرهن) أقول : لقاتل أن يقول : سبق وجوبه على الرهن البتة ممنوع لجواز أن يكون الدين الذي زيد دينا جديدا حادثا بموجب متأخر عن عقد الرهن من الاستقراض وغيره . والجواب أن الكلام في الاتحاق بأصل العقد ، فالدين وإن كان متأخرا عن أصل عقد الرهن إلا أنه يثبت بالاتحاق بأصل العقد تسمية جديدة فتصير كالرهن

ألف فيكون بنصف الدين كان جائزا . ولو رهن ثوبا بعشرين نصفه بعشرة ونصفه بعشرة لم يصح . وقوله (والاتحاق بأصل العقد) إفساد للجامع الذي ذكره أبو يوسف رحمه الله وهو واضح . وحاصله أن الاتحاق بأصل العقد إنما يتصور إذا كانت الزيادة في المعقود عليه أو المعقود به والزيادة في الدين ليست في شيء من ذلك . أما أنه غير معقود عليه فظاهر ، وأما أنه ليس بمعقود به فلوجوبه بسببه قبل عقد الرهن . بخلاف الرهن فإنه معقود عليه لأنه لم يكن محبوسا قبل عقد الرهن ولا يبقى بعده . وقوله (وتسمى هذه زيادة قصدية) يعني بخلاف نماء الرهن فإنه ليس زيادة قصدية بل ضمنية ولهذا اختلف حكما . وقوله (وإذا ولدت المهرونة ولدا) يعني إذا رهن جارية بألف تساوى ألفا فولدت ولدا يساوى ألفا فقال الراهن زدتك هذا العبد مع الولد رهنا وهو أيضا يساوى ألفا جاز العقد ويكون العبد رهنا مع الولد دون الأم ، فينظر إلى قيمة الولد يوم الفكك وإلى قيمة الأم يوم العقد ، فما أصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكك وقيمة العبد يوم قبضه لأنه دخل في ضمانه بالقبض ، فإن مات الولد عد الزيادة بطلت لأنه إذا هلك خرج من العقد وصار كأن لم يكن فيبطل الحكم في الزيادة . وأو قال الراهن زدتك هذا العبد مع الأم قسم الدين على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض . فما أصاب الأم قسم عليها وعلى ولدها ، لأن الزيادة دخلت على الأم فصارت كأنها كانت في أصل العقد فيكون الولد داخلا في حصة الأم خاصة ، فإن مات الأم بعد الزيادة ذهب ما كان فيها وبقى الولد والزيادة نماء فيها لأن هلاك الأم لا يوجب سقوط الضمان بل يفرره فلا يبطل الحكم في الزيادة ، ولو مات الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء وكان العقد في الأم ولا ولد معها . قال (فإن رهن عبدا يساوى ألفا الخ) كلامه واضح .

(قوله وأما أنه ليس بمعقود به فلوجوبه) أقول : الأصوب أن يقول : أما أنها ليست في المعقود عليه فظاهر وأما أنها ليست بالمعقود به فلا أن الدين واجب بسببه قبل عقد الرهن . وإنما قلنا إن الأصوب ذلك لأن ظاهر تقديره يدل على أن المقصود بالنفي كون الزيادة مقصورا عليها وبها ، وليس كذلك لظهور أنها ليست واجبة قبل عقد الرهن فليتمثل ، وتوجيه ما ذكره المصنف لإرجاع التفسير إلى الملحق به المعلوم من سياق الكلام (قوله فإن مات الولد بعد الزيادة) أقول : قبل الفكك .

مكان الأول ، فالأول رهن حتى يردّ إلى الراهن . والمرتهن في الآخر أمين حتى يجعله مكان الأول (لأن الأول إنما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيا فلا يخرج عن الضمان إلا بتقصّ القبض مادام الدين باقيا . وإذا بقي الأول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لأنهما رضا بدخول أحدهما فيه لا بدخولهما . فإذا ردّ الأول دخل الثاني في ضمانه . ثم قيل : يشترط تجديد القبض لأن يد المرتهن على الثاني يد أمانة ويد الرهن بعد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه . كمن له على آخر جياذ فاستوفى زيوفاً ظنيا جياذا ثم علم بالزيافة وطلبه بالحياد وأخذها فإن الحياد أمانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض . وقيل لا يشترط لأن الرهن تبرع كاهبة على ما بيناه من قبل وقبض الأمانة ينوب عن قبض الهبة ، ولأن الرهن عينه أمانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الأمانة عن قبض العين (ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحسانا) خلافا لزفر ، لأن الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالإبراء أو الهبة ولا جهته لسقوطه ، إلا إذا أحدث منعا لأنه يصير به غاصبا إذا لم يبق له ولاية المنع (وكذا إذا ارتهنت المرأة رهنا بالصدّق فأبرأته أو وهبته أو ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول أو اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيئا لسقوط الدين كما في الإبراء ، ولو استوفى المرتهن الدين بإيفاء الراهن أو بإيفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه ردّ ما استوفى إلى ما استوفى منه وهو من عليه أو المتطوع بخلاف الإبراء) ووجه الفرق أن بالإبراء يسقط الدين أصلا كما ذكرنا ، وبلاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب ، إلا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لأنه يعقب مطالبة مثله ، فأما هو في نفسه فقائم ، فإذا هلك يتقرّر الاستيفاء الأول فانتقض الاستيفاء الثاني

الابتدائي ، ولا شك أن زمان وجوب الدين الجديد مقدم على زمان التحاقه بالأصل ، فإن الانتحاق فرع التحقق فلهذا حكم بسبق وجوبه على الرهن البتة تأمل تفهيم (قوله ووجه الفرق أن بالإبراء يسقط الدين أصلا كما ذكرناه ، وبلاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب ، إلا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لأنه يعقب مطالبة مثله ، فإذا هلك يتقرّر الاستيفاء الأول فانتقض الاستيفاء الثاني) المراد بالاستيفاء الأول هو الاستيفاء الحكيم ، وبلاستيفاء الثاني هو الاستيفاء الحقيقي ، كذا في عامة الشروح . أقول :

وقوله (على ما بيناه من قبل) يعني في صدر كتاب الرهن في تعليل أن تمام الرهن بالقبض . وقوله (خلافا لزفر رحمه الله) هو يقول : إن الضمان في باب الرهن إنما يجب باعتبار القبض وهو قائم فكان ما بعد الإبراء وما قبله سواء ، ولهذا كان مضمونا بعد الاستيفاء وإن لم يبق الدين بعده . ولنا ما ذكر في الكتاب أن الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ، ولم يبق الدين بالإبراء : أي بسببه ولا جهته لسقوطه فلم يبق الرهن مضمونا بالدين . فإن قيل : سقوط الدين لا يوجب سقوط الضمان ، فإنه إذا طلبه الراهن ومنع المرتهن بعد الإبراء فإنه يضمن وقد سقط الدين . أجاب بقوله إلا إذا أحدث منعا لأنه يصير به غاصبا لانتفاء ولاية منعه . والجواب عن صورة الاستيفاء ما ذكره على وجه الفرق بقوله إن بالإبراء يسقط الدين أصلا كما ذكرنا ، وبلاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب وهو العقد الذي لزم الدين به ، إلا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لأنه يعقب مطالبة مثله فيفضى إلى الدور . وقوله (فأما هو) يعني تعذر الاستيفاء ، فأما الدين فهو قائم في نفسه وهو تكرير للتوكيد (فإذا هلك) يعني الرهن بتقرّر الاستيفاء الأول وهو الحكيم فانتقض الاستيفاء الثاني وهو الحقيقي لثلا بتكرّر الاستيفاء .

(قوله وإن لم يبق الدين بالإبراء) أقول : لفظ الإبراء ليس في محله كما لا يخفى (قوله أو لتوهم الوجوب الخ) أقول : فيه بحث ، وفي بعض النسخ : عند توهم الوجود ، وهو الصحيح . (قوله يسقط الدين أصلا كما ذكرنا) أقول : آتفا (قوله وبلاستيفاء لا يسقط) أقول : يعني لا يسقط الدين (قوله لقيام الموجب) أقول : يعني الموجب للدين .

(وكذا إذا اشترى بالدين عينا أو صالح عنه على عين) لأنه استيفاء (وكذلك إذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين) لأنه في معنى البراءة بطريق الأداء لأنه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه ، أو ما يرجع عليه به إن لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لأنه بمنزلة الوكيل (وكذا لو تصادقا على أن لادين ثم هلك الرهن يهلك بالدين) لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الإبراء ، والله أعلم .

هاهنا نوع إشكال ، وهو أن الاستيفاء الحكيم الذي ثبت للمرتهن بقبض الرهن إما أن ينتقض باستيفائه الدين حقيقة بإيفاء الراهن أو بإيفاء متطوع قبل هلاك الرهن ، أو لم ينتقض بل بقي على حاله ، فإن انتقض لم يتم قوله ، فإذا هلك يتقرر الاستيفاء الأول ، إذ قد تقرر عندهم أن المنتقض لا يعود وقد مر في الكتاب غير مرة ، وإن لم ينتقض بل بقي على حاله يلزم أن يتكرر الاستيفاء عند استيفائه الدين بإيفاء الراهن أو بإيفاء متطوع ، وتكرره مؤد إلى الربا فاسد كما مر أيضا غير مرة . ويمكن أن يجاب عنه بأنه غير منتقض بل باق على حاله ، ولكنه في قوة الزوال والانتقاض برد المرتهن الرهن على الراهن سيما إذا وجب الرد عليه عند تحقق الاستيفاء الحقيقي كما فيما نحن فيه ، فكان الاستيفاء لم يتكرر عند الاستيفاء الحقيقي ما لم يتقرر الاستيفاء الحكيم بهلاك الرهن في يد المرتهن فلم يجعل فاسدا ، هذا غاية ما يمكن في التنصيص عن ذلك الإشكال وإن كان لا يخلو عن نوع تكلف (قوله بخلاف الإبراء) قال صاحب العناية : قوله بخلاف الإبراء راجع إلى قوله ولو استوفى ، وذلك لأنه من ثمة إلى هنا نقوض على جواب الاستحسان في صورة الإبراء . وقال الأول أن يرجع إلى قوله فتكون الجهة باقية انتهى . أقول : لا مساغ عندي لأن يكون

وقوله (وكذا إذا اشترى) معطوف على قوله ولو استوفى . وقوله (لأنه) أي لأن كل واحد من الشراء والصلح على عين استيفاء فيجب عليه رد الرهن إن كان باقيا أو قيمته إن هلك في يده قبل الرد . وقوله (لأنه) يعني البراءة بطريق الأداء إشارة إلى الجواب عما يقال ذمة المحيل تبرأ بالحوالة عما عليه فكان ينبغي أن يكون بمعنى الإبراء فيهلك أمانة . ووجه ذلك ما أشار إليه أن الحوالة وإن كانت إبراء لكنها بطريق الأداء دون الإسقاط (لأنه يزول به) أي بعقد الحوالة الخ . وقوله (لأنه) يعني المحال عليه (بمنزلة الوكيل) عن المحيل بقضاء الدين . وقوله (وكذلك لو تصادقا على أن لادين ثم هلك الرهن الخ) اختيار بعض المشايخ اختازه المصنف ، ومنهم من قال : إذا كان التصديق بعد هلاك الرهن والدين كان واجبا ظاهرا فهو كذلك ، فإن وجوبه ظاهرا يكفي لضمان الرهن فكان مستوفيا ، فأما إذا كان قبله هلك أمانة لأنه بتصادقهما ينتفي الدين من الأصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين ، ووجه مختار المصنف ما ذكره من توهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه يعني بعد التصديق على عدمه لجواز أن يتذكرا وجوبه بعد التصديق على انتفائه فتكون الجهة باقية وضمان الرهن متحقق بتوهم الوجوب . وقوله (بخلاف الإبراء) راجع إلى قوله ولو استوفى ، وذلك لأنه من ثمة إلى هاهنا نقوض على جواب الاستحسان في صورة الإبراء ، والأولى أن يرجع إلى قوله فتكون الجهة باقية .

(قوله أو قيمته إن هلك في يده قبل الرد) أقول : ولا ينتقض الشراء والصلح (قال المصنف : وكذا لو تصادقا على أن لادين) أقول : قال الزيلعي : قال في الكافي : ذكر شمس الأئمة السرخسي في المبسوط إذا تصادقا أن لادين بقي ضمان الزاهن إذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن ، لأن الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن ، وجوب الدين ظاهرا يكفي لضمان الرهن ، وأما إذا تصادقا على أن لادين والرهن قائم ثم هلك يهلك أمانة ، لأنه بتصادقهما ينتفي الدين من الأصل ، وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين . وذكر الإبيسي جابي أنها إذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه ، والصواب لا يهلك مضمونا انتهى . واختيار المصنف هلاكه مضمونا في صورتين كما لا يخفى (قوله يعني بعد التصديق على عدمه لجواز أن يتذكرا وجوبه بعد التصديق على انتفائه) أقول : فيه نظر ، فإنه الاحتمال الذي لم ينشأ عن دليل لا بد لاعتباره في مثل ما نحن فيه من دليل (قوله وقوله بخلاف الإبراء) أقول : قال الإقناني : قوله بخلاف الإبراء يتصل بقوله يهلك الدين ، والله أعلم .

(كتاب الجنایات)

قال (القتل على خمسة أوجه : عمد . وشبه عمد ، وخطأ ، وما أجرى مجرى الخطأ ، والقتل بسبب)

قوله هاهنا بخلاف الإبراء راجعا إلى قوله ولو استوفى : لأن المصنف قال بعد ذكر مسألة استيفاء المرتين الدين فيما مر بخلاف الإبراء ، وبين وجه الفرق بين الإبراء والاستيفاء مستوفى ، فلو كان قوله هاهنا بخلاف الإبراء راجعا إلى قوله ولو استوفى لتكرر الحشو في كلامه : وحاشا له عن ارتكاب مثل ذلك .

(كتاب الجنایات)

أورد الجنایات عقيب الرهن لأن كل واحد منهما للوقاية والصيانة : فإن الرهن وثيقة لصيانة المال وحكم الجنایة لصيانة النفس : ألا يرى إلى قوله تعالى - ولكم في القصص حياة - ولما كان المال وسيلة لبقاء النفس قدم الرهن على الجنایات بناء على تقدم الوسائل على المقاصد - كذا في أكثر الشروح . قال في غاية البيان : ولكن قدم الرهن لأنه مشروع بالكتاب والسنة ، بخلاف الجنایة فإنها محظورة لأنها عبارة عما ليس للإنسان فعله انتهى . أقول : ليس هذا بشيء لأن المقصود بالبيان في كتاب الجنایات إنما هو أحكام الجنایات دون أنفسها ، ولا شك أن أحكامها مشروعة ثابتة بالكتاب والسنة أيضا فلا معنى لتأخيرها من هذه الحيشة . ثم إن الجنایة في اللغة اسم لما تجنيه من شر تكسبه . وهي في الأصل مصدر جنى عليه شرا جنایة ، وهو عام في كل مايقبح ويسوء : إلا أنه في الشرع خص بفعل محرم حل بالنفوس والأطراف ، والأول يسمى قتلا وهو فعل من العباد تزول به الحياة ، والثاني يسمى قطعاً وجرحاً ، هذا زبدة ما في الكتاب والشروح (قوله القتل على خمسة أوجه : عمد ، وشبه عمد ، وخطأ ، وما أجرى مجرى الخطأ ، والقتل بسبب) قال صاحب النهاية : وجه الانحصار في هذه الخمسة هو أن القتل إذا صدر عن إنسان لا يخلو إما أن حصل بسلاح أو بغير سلاح . فإن حصل بسلاح فلا يخلو إما أن يكون به قصد القتل أم لا ، فإن كان فهو عمد : وإن لم يكن فهو خطأ . وإن لم يكن بسلاح فلا يخلو إما أن يكون معه قصد التأديب والضرب أم لا ، فإن كان فتهو شبه العمد . وإن لم يكن فلا يخلو إما أن يكون جارياً مجرى الخطأ أم لا . فإن كان فهو وإن لم يكن فهو القتل بسبب ، وبهذا

(كتاب الجنایات)

ذكر الجنایات عقب الرهن لأن الرهن لصيانة المال وحكم الجنایة لصيانة النفس والمال وسيلة للنفس فكان مقدماً عليها ، ومحاسن أجزئتها محاسن الحدود . والجنایة في اللغة : اسم لما يكتسب من الشر تسمية بالمصدر من جنى عليه شراً ، وهو عام إلا أنه في الشرع خص بفعل محرم شرعاً حل بالنفوس والأطراف ، والأول يسمى قتلا وهو فعل من العباد تزول به الحياة ، والثاني يسمى قطعاً وجرحاً . وسببها سبب الحدود . وشرطها كون المحل حيواناً ، قال (القتل على خمسة أوجه) القتل الذي يتعلق به حكم من قصاص ودية وكفارة وحرمان إرث خمسة أوجه ، وذلك لأننا قد استقرينا فوجدنا ما يتعلق به شيء من الأحكام

(كتاب الجنایات)

(قوله والجنایة في اللغة : اسم لما يكتسب من الشر) أقول : الفقه يبحث عن أفعال المكلفين ، فلو أريد المعنى المصدري بالجنایة لكان

والمراد بيان قتل تتعلق به الأحكام .

الانحصار يعرف أيضا تفسيرا كل واحد منها انتهى . أقول : فيه خلل . أما أولا فلأنه جعل القتل الخطأ مخصوصا بما حصل بسلاح وليس كذلك ، إذ لا شك أن القتل الخطأ كما يكون بسلاح يكون أيضا بما ليس بسلاح كاللحجر العظيم والخشبة العظيمة . وأما ثانيا فلأن قوله فإن كان هو هو يشبه تفسير الشيء بنفسه . وأما ثالثا فلأن قوله وإن لم يكن جاريا مجرى الخطأ فهو القتل بسبب ليس بتمام . لأن ما لا يكون جاريا مجرى الخطأ لا يلزم أن يكون القتل بسبب البتة ، بل يجوز أن يكون القتل بخطأ محض أيضا فلا يتم الحصر في القتل بسبب . ولما تنبه صاحب العناية لما في وجه الحصر الذي ذكره صاحب النهاية من القصور قال في بيان قول المصنف القتل على خمسة أوجه : وذلك أنا قد استقرينا فوجدنا ما يتعلق به شيء من الأحكام المذكورة أحد هؤلاء الأوجه المذكورة . ونقل ما ذكره صاحب النهاية من وجه الحصر فقال : وضعفه ور كآفته ظاهران من غير تفصيل وبيان (قوله والمراد بيان قتل تتعلق به الأحكام) قال جمهور الشراح : إنما قيد به لأن أنواع القتل من حيث هو قتل من غير نظر إلى ضمان القتل وعدم ضمانه أكثر من خمسة : كقتل المرتد . والقتل قصاصا . والقتل رجما . والقتل بقطع الطريق . وقتل الحرابي . حتى قال بعضهم : ونظير هذا ما قاله محمد في كتاب الأيمان : الأيمان ثلاثة : ولم يرد به جنس الأيمان لأنها أكثر من ثلاثة : يمين بالله . ويمين بالطلاق . ويمين بالعناق والحج والعمرة . وإنما أراد بذلك الأيمان بالله تعالى انتهى . أقول : فيما قالوا نظر . إذ الظاهر أن شيئا من أنواع القتل لا يخرج من الأوجه الخمسة المذكورة في الكتاب ، بل يدخل كل من ذلك في واحد من تلك الأوجه . فإن ما ذكرنا من قتل المرتد وقتل الحرابي والقتل قصاصا أوجبا أو قطع الطريق يكون قتل عمد إن تعمد القاتل ضرب المقتول بسلاح وما أجرى مجرى السلاح ، ويكون شبه عمد إن تعمد ضربه بما ليس بسلاح ولا ما أجرى مجرى السلاح ، ويكون خطأ إن لم يكن بطريق التعمد بل كان بطريق الخطأ إلى غير ذلك من الأوجه المذكورة ، وإنما تكون تلك الأنواع المباحة من القتل خارجة من الأحكام المذكورة لهذه الأوجه الخمسة لامن نفس هذه الأوجه الخمسة فلا معنى للقول بأن أنواع القتل أكثر من خمسة . فإن قلت : كيف يتصور خروج تلك الأنواع من الأحكام المذكورة للأوجه الخمسة للقتل لامن أنفس هذه الأوجه وحكم الشيء ما يترتب عليه ويلزمه ؟ قلت : قد يكون ترتب الحكم على شيء مشروطا بشروط ، ألا يرى أنهم جعلوا وجوب القود من أحكام القتل العمد مع أن له شرائط كثيرة : منها كون القاتل عاقلا بالغاً إذ لا يجب القود على المجنون والصبي أصلا . ومنها أن لا يكون المقتول جزء القاتل حتى لو قتل الأب ولده عمدا لا يجب عليه القصاص ، وكذا لو قتلت الأم ولدها وكذا الجد والجدلة . ومنها أن لا يكون المقتول ملك القاتل حتى لا يقتل المولى بعبده . ومنها كون المقتول معصوم الدم مطلقا فلا يقتل مسلم ولا ذمي بالكافر الحرابي . ولا بالمرتد لعدم العصمة أصلا ، ولا بالمستأمن في ظاهر الرواية لأن عصمته ما ثبتت مطلقة بل مؤقتة إلى غاية مقامه في دار الإسلام ، صرح بذلك كله في عامة المعتمرات ، فكذا كون القتل بغير حق شرطا لترتب كل من الأحكام المذكورة للأوجه الخمسة من القتل ، وليس شيء مما ذكرنا من الأنواع المباحة للقتل بغير حق بل كلها بحق ، فدخلوها في نفس أوجه القتل دون الأحكام المذكورة لها بناء على انتفاء شرط تلك الأحكام وهو كون القاتل معصوم الدم ، وكون القتل

المذكورة . وقال صاحب النهاية رحمه الله : لا يخلو إما أن حصل بسلاح أو بغير سلاح ، فإن حصل سلاح فلا يخلو إما أن كان به قصد القتل أولا ، فإن كان فهو العمد ، وإن لم يكن فهو الخطأ ، وإن لم يكن بسلاح فلا يخلو إما أن كان معه قصد التأديب والضرب أولا ، فإن كان فهو شبه العمد ، وإن لم يكن فلا يخلو إما أن كان جاريا مجرى الخطأ أم لا ، فإن كان فهو هو ، وإن لم يكن فهو القتل بالسبب ، وبهذا الانحصار تعرف أيضا تفسير كل واحد منها ، وضعفه ور كآفته ظاهران .

أنسب وجمعها كجمع الطهارات (قوله لا يخلو إما أن حصل بسلاح) أقول : أو ما أجرى مجراه (قوله وإن لم يكن فهو الخطأ) أقول : قد يكون القتل الخطأ بغير سلاح كما إذا رمى صيدا بحجر أو خشبة فأصاب رجلا فقتله (قوله فإن كان فهو شبه العمد) أقول : شبه العمد لا يلزم أن يكون على قصد التأديب ، بل قد يكون على قصد القتل ، وجوابه أن ذلك بالنظر إلى الآلة (قوله فإن كان فهو هو)

قال (فالعمد ما تعمده ضربه بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح كالخمد من الحشب وليطة القصب وال مروة المحددة والنار) لأن العمدة هو القصد ، ولا يوقف عليه إلا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك (وموجب ذلك المأثم) لقوله تعالى - ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم - الآية ، وقد نطق به غير واحد من السنة ، وعليه انعقد إجماع الأمة .

بغير حق لا يقدر في شيء . فالأظهر أن مراد المصنف بقوله والمراد بيان قتل تتعلق به الأحكام هو التنبيه على أن المقصود بالبيان في كتاب الجنائيات إنما هو أحوال القتل بغير حق إذ هو الذي يكون من الجنائيات ، ويترتب عليه أحكامها دون أحوال مطلق القتل ، وإن كان الأوجه الخمسة المذكورة تتناول كل ذلك (قوله فالعمد ما تعمده ضربه بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح) قال بعض الفضلاء في تفسير قوله ضربه: أي ضرب المقتول . وقال : فيخرج العمدة فيما دون النفس انتهى . أقول: يرد عليه النقض بمسئلة ذكرت في المحيط نقلا عن المتقي ، وهي أنه إذا تعمده أن يضرب يد رجل فأخطأ فأصاب عنق ذلك الرجل فأبان رأسه وقتله فهو عمد وفيه القود . وإن أصاب عنقه غيره فهو خطأ . وجه الورد أنه لم يتعمد في الصورة الأولى ضرب المقتول بل تعمده ضرب يده . مع أنه جعل ضربه القتل العمدة وأجرى عليه حكم قتل النفس وهو القود تأمل (قوله لأن العمدة هو القصد ولا يوقف عليه إلا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك) أقول : فيه بحث . وهو أن هذا القدر من التعليل يشكل بما إذا استعمل الآلة القاتلة في القتل الخطأ ؛ كما إذا رمى شخصا بسهم أو ضربه بسيف يظنه صيدا فإذا هو آدمي . أو يظنه حربيا فإذا هو مسلم . وهذا من نوع الخطأ في القصد . وكما إذا رمى غرضا بآلة قاتلة فأصاب آدميا وهذا من نوع الخطأ في الفعل ، فإن استعمال الآلة القاتلة الذي جعل دليلا على القصد قد تحقق هناك أيضا مع أنه ليس بعمد بل هو خطأ محض على ما نصوا عليه قاطبة . فإن قلت : المراد باستعمال الآلة القاتلة في التعليل المذكور استعمالها لضرب المقتول لاستعمالها مطلقا ففيما إذا رمى غرضا فأصاب آدميا لم يكن استعمالها لضرب الآدمي بل كان لغرض آخر . قلت : هذا التأويل إنما يفيد في نوع الخطأ في الفعل دون نوع الخطأ في القصد ، فإن استعمالها فيه أيضا لضرب المقتول لكن الخطأ في وصف المقتول . فإن قلت : المراد المراد استعمالها لضرب المقتول من حيث هو آدمي لا استعمالها لضربه مطلقا ، وفي نوع الخطأ في القصد لم تتحقق الخبيثة المذكورة قلت : كون الاستعمال من هذه الخبيثة أمر مضمّر راجع إلى النية والقصد فلا يوقف عليه كما لا يوقف على العمدة فلا بد من دليل آخر خارجي لم يذكر في التعليل المزبور . ثم إنه لو كان مدار كون القتل عمدا مجرد استعمال الآلة القاتلة كما هو الظاهر من التعليل المزبور لما كان لقول صاحب الوقاية وكثير من أصحاب المتن القتل العمدة ضربه قصدا بما يفرق الأجزاء كسلاح ومحدد من خشب أو حجر أو أمانة أو نار وجه ، إذ يلزم إذ ذاك أن يكون قيد قصدا زائدا بل لغوا لعدم الوقوف عليه بالغرض إلا باستعمال الآلة القاتلة وهو ضربه بما يفرق الأجزاء فيكون ذكره . بل لما كان لقيد تعمده في الكتاب أيضا في قوله فالعمدة ما تعمده ضربه وجه ، بل كان ينبغي أن يقال فالعمدة ما ضربه بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح فتدبر (قوله وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى - ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها - الآية) أقول : لقائل أن يقول : الدليل خاص والمدعى عام :

وقوله (أو ما أجرى مجرى السلاح) يعني في تفريق الأجزاء كالخمد من الحشب وليطة القصب وهي قشره وقد تقدم . وقوله (وقد نطق به غير واحد من السنة) منها ما قال عليه الصلاة والسلام في خطبته بعرفات « ألا إن دماءكم ونفوسكم محرمة عليكم كحرمة

أقول : هذا تعريف الشيء بنفسه ظاهرا (قال المصنف : فالعمدة ما تعمده ضربه) أقول : أي ضرب المقتول فيخرج العمدة فيما دون النفس (قال المصنف : والنار) أقول : يعني أن يكون من قبيل : علفها تبنا وماء باردا ، إذ الواقع في صورة النار هو الإلقاء فيها لا الضرب بها (قال المصنف : وموجب ذلك المأثم) أقول : قال الإتيقاني : قال قاضيخان في فتاواه : وفي ظاهر الرواية في الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس وغيره لا يشترط الجرح لجوب القصاص . وقال في الأجناس : ذكر في الشروط الكبير لأبي جعفر الطحاوي أنه لا قصاص في العمود من الحديد لأنه لا يجرحه انتهى . وسيجيء من المصنف في الباب الذي يليه أن الأصح رواية الطحاوي (قال المصنف : لقوله تعالى - ومن يقتل مؤمنا متعمدا - الآية) أقول : لا يقال ذلك في المستحل كما ذكر في الكتب الكلامية ، لأنه لو لم يكن حراما لم يكن حال مستحله كذلك ،

قال (والقود) لقوله تعالى - كتب عليكم القصاص في القتل - إلا أنه تقيد بوصف العمدية لقواه عليه الصلاة والسلام «العمد قود» أى موجهه ، ولأن الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك .

لأن إيجاب القتل العمد المأثم ، والقود يعم المسلم والذي لما سيجىء من أن المسلم يقاد بالذمى عندنا ، ولا شك أن وجوب القود لا ينفك عن لزوم المأثم . والآية المذكورة مخصوصة بقتل المؤمن ، اللهم إلا أن يقال : الآية المذكورة وإن أفادت المأثم في قتل المؤمن عمدا فقط بعبارةها إلا أنها تفيد المأثم في قتل الذمى عمدا أيضا بدلائلها بناء على ثبوت المساواة في العصمة بين المسلم والذي نظرا إلى التكليف أو الدار كما سيأتى تفصيله . فإن قيل : بقى خصوص الدليل مع عموم المدعى من جهة أخرى وهى أن المذهب عند أهل السنة والجماعة أن المؤمن لا يخلد في النار وإن ارتكب كبيرة ولم يقب ، فالظاهر أن المراد بمن يقتل في الآية المذكورة هو المستحل بدلالة - خالدا فيها - فكان القتل بدون الاستحلال خارجا عن مدلول الآية . قلنا : لانسام ظهور كون المراد بمن يقتل في الآية المذكورة هو المستحل لجواز أن يكون المراد بالخلود المذكور فيها هو المكث الطويل كما ذكر في التفاسير ، فلا ينافى التعميم مذهب أهل السنة والجماعة . ولئن سلم كون المراد بذلك هو المستحل كما ذكر في الكتب الكلامية وفى التفاسير أيضا فالآية دالة على عظم تلك الجناية ، وتحقيق الإثم في قتل المؤمن عمدا بدون الاستحلال أيضا . وإلا لما لزم من استحلاله الخلود في النار (قوله والقود لقوله تعالى - كتب عليكم القصاص في القتل - إلا أنه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه الصلاة والسلام «العمد قود» أى موجهه) يعنى أن ظاهر الآية يوجب القود بالقصاص أينما يوجد القتل . ولا يفصل بين العمد والخطأ إلا أنه تقيد بوصف العمدية بالحديث المشهور الذى تلقته الأمة بالقبول وهو قوله عليه الصلاة والسلام «العمد قود» أى موجهه قود ، كذا في الشروح قال صاحب الكفاية بعد ذلك : لا يقال إن قوله عليه الصلاة والسلام «العمد قود» لا يوجب التقييد لأنه تخصيص بالذكر فلا يدل على نفي ما عداه . لأننا نقول : لو لم يوجب هذا الخبر تقييد الآية لم يكن القود موجب العمد فقط فلا يكون لذكر لفظ العمد فائدة انتهى . أقول : سؤاله ظاهر الورود ينبغى أن يخطر ببال كل ذى فطرة سليمة ، ولكن لم أر أحدا سواه جام حول ذكره . وأما جوابه فنظور فيه عندى لجواز أن يكون سئل النبي عليه الصلاة والسلام عن حكم العمد فقط بأن كانت الحادثة قتل العمد فصار قوله عليه الصلاة والسلام «العمد قود» جوابا عن سؤاليهم ، ففائدة ذكر لفظ العمد حينئذ تطبق الجواب للسؤال ، ومع هذا الاحتمال كيف يتعين تقييد كتاب الله تعالى بالحديث المذكور تفكر (قوله ولأن الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك) أقول : جعل صاحب العناية قوله ولأن الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر حجة تامة . وجعل قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك حجة أخرى فقال في تقرير الأولى : وتقرير

يؤى هذا في شهرى هذا في مقامى هذا « ومنها قوله صلى الله عليه وسلم « لزوال الدنيا أهون على الله من قتل امرئ مسلم » . وقوله (والقود) يعنى القصاص معطوف على قوله المأثم : أى موجب القتل العمد الإثم في الآخرة والقصاص في الدنيا لقوله تعالى - كتب عليكم القصاص في القتل الحر بالحر - الآية وهو بظاهره لم يفصل بين العمد والخطأ لكنه تقيد بوصف العمدية بقوله صلى الله عليه وسلم «العمد قود» أى موجهه ، والحديث مشهور ، ولأن الجناية بها : أى بالعمدية تتكامل . وقوله (لا شرع لها دون ذلك) أى لا شرعية للعقوبة المتناهية بدون العمدية ، وتقرير حجته أن العمدية تتكامل بها الجناية ، وكل ما تتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها أكمل . وقوله (والعقوبة المتناهية الخ) حجة أخرى . وتقريرها القود عقوبة متناهية والعقوبة

والحرام موجه المأثم (قال المصنف : والقود) أقول : بفتح الواو : أى القصاص ، ويسمى قودا لأنهم يقودون الجاني بجبل أو غيره ، قاله الأزهري (قوله لكنه تقيد بوصف العمدية بقوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول : فيه بحث ، فإن الإطلاق والتقييد إذا دخلا على السبب نحو « أدوا صدقة الفطر عن كل حر وعبد ، وأدوا عن كل حر وعبد من المؤمنين » لم يحمل المطلق على المقيّد عندنا ، بل يجب العمل بكل منهما ، إذ لا تنافي في الأسباب على ما فصل في كتب الأصول فكيف يتقيد القتل المذكور في الآية بوصف العمدية بالحديث ، ولعل الأولى أن يقال : غير العمد من القتل قاصر في كونه قتلا فلا يتناولها المطلق لأنه ينصرف إلى الكامل ، وموضع الأصول أيضا .

قال (إلا أن يغفوا الأولياء أو يصلحوا) لأن الحق لهم ثم هو واجب علينا . وليس للولى أخذ الدية إلا برضا القتال وهو أحد قولى الشافعى ، إلا أن له حق العدول إلى المال من غير مرضاة القتال لأنه تعين مدفعه للهلاك فيجوز بدون رضاه : وفى قول الواجب أحدهما لا بعينه ويتعين باختياره . لأن حق العبد شرع جابرا وفى كل واحد نوع جبر فيتخير . ولنا ما تلونا من الكتاب وروينا من السنة . ولأن المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والتقصاص يصلح للمآثل . وفيه مصلحة الإحياء زجرا وجبرا فيتعين . وفى الخطأ وجوب المال ضرورة صون أدم عن الإهدار :

حجته أن العمدية تتكامل بها الجناية ، وكل ما كان يتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها أكمل . وقال فى تقرير الأخرى وتقريرها القود عقوبة متناهية . والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية وذلك ظاهر انتهى . أقول : ليس ذلك بسديد . لأن صحة الحكم بأن العقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية موقوفة على كون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية ، إذ لو كانت باقية على إطلاقها لتناولت العمد وشبهه والخطأ . فلزم أن يكون التقصاص الذى هو عقوبة كاملة مشروعا دون العمدية أيضا بمقتضى إطلاقها . وكون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية هو المدعى هاهنا . فعلى تقدير أن يكون قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك حجة أخرى يلزم المصادرة على المطلوب . وأيضا يلزم حينئذ أن لا يفيد المدعى ما جعله حجة أولى لأن نتيجتها على مقتضى تقريره أن العمدية كانت حكمة الزجر عليها أكمل . ولا يلزم منها أن لا تنحقق حكمة الزجر فى غير العمد أصلا فيجوز أن يجب التقصاص فى غير العمد أيضا زجرا عنه فلا يتم المطلوب . فالصواب أن قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك من تنمة ما قبله والمجموع حجة واحدة . وأن لفظ ذلك فى قوله لا شرع لها دون ذلك إشارة إلى تكامل الجناية كما ذهب إليه كثير من الشراح أو إلى توفر حكمة الزجر كما هو الأظهر والأقرب لا إلى العمدية كما زعمه صاحب العناية ، فيفيد مجموع المقدمات أن القود الذى هو عقوبة متناهية لا يجب فى غير العمد كما لا يخفى على ذى مسكة . ثم أقول : بقى فى كلام

المتناهية لا شرع لها دون العمدية ، وذلك ظاهر . وقوله (ثم هو) يعنى القود . وقوله (وهذا لأنه تعين مدفعه للهلاك) يعنى لأن القتال فى الامتناع من أداء الدية بعد ما استحققت نفسه قصاصا يسفه ويلقى نفسه فى الهلكة فيحجر عليه ويمنع عنه شرعا (ولنا ما تلونا) من قوله تعالى - كتب عليكم القصاص فى القتل - ووجه التمسك به أن الله تعالى ذكر فى الخطأ الدية فتعين أن يكون القصاص المذكور فيه فيها هو ضد الخطأ وهو العمد ، ولما تعين بالعمد لا يعدل عنه لثلاث تلزم الزيادة على النص بالرأى . ووجه التمسك بالسنة أن الألف واللام فى قوله العمد قود للجنس ، إذ لا معهود ينصرف إليه ، ففيه تنصيص على أن حكم جنس العمد ذلك ، فمن عدل عنه إلى غيره زاد على النص أثر ابن عباس رضى الله عنهما فى قوله : العمد قود لا مال فيه إلى ذلك . ووجه المعقول أن المال لا يصلح موجبا فى القتل العمد لعدم المماثلة ، لأن الآدمى مالك مبتذل والمال مملوك مبتذل فأنى بمآثلان ، بخلاف القصاص فإنه يصلح موجبا للمآثل ، وفيه زيادة حكمة وهى مصلحة الإحياء زجرا للغير عن وقوعه فيه وجبرا للورثة فيتعين ، فإن قيل : فكيف صلح موجبا فى الخطأ والفائت فيه مثل الفائت فى العمد . أجاب بقوله وفى الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الإهدار ، فإنه لما لم يمكن الاقتصاص فيه هدر الدم لو لم يجب المال والآدمى مكرم لا يجب إهدار دمه ، على أن

(قوله والعقوبة المتناهية حجة أخرى) أقول : فيه بحث (قال المصنف : إلا أن له حق العدول إلى المال من غير مرضاة القتال) أقول : يجوز العدول إلى المال من غير مرضاة القتال مراعاة لحق من له القصاص عندنا أيضا كما ذكره صاحب الكفاية فى مسألة قتل المكاتب الذى لم يترك وفاء فى الباب الذى يلى هذا ، ولا يرد نقضا علينا لما نشير إلى دفع ذلك النقض فيما سيجىء فى باب ما يوجب القصاص فى مسألة قتل المكاتب (قال المصنف : ولنا ما تلونا من الكتاب من قوله تعالى - كتب عليكم القصاص فى القتل -) أقول : قال القاضى فى تفسيره : احتجت الخفية به على أن مقتضى العمد القود وحده ، وهو ضعيف ، إذ الواجب على التخيير يصدق عليه أنه واجب وكتب . ولذلك

ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك .

المصنف هاهنا شيء . وهو أنه قد تقرر في كتب الأصول أن مرجع الأدلة العقلية المذكورة في علم الفقه بأسرها إلى القياس . وبهذا صححوا انحصار الأدلة الشرعية في أربعة . وهي الكتاب والسنة وإجماع الأمة والقياس . فقول المصنف هاهنا ولأن الجناية بها تتكامل الخ راجع إلى القياس : وتقييد الكتاب بالقياس نسخ لإطلاق الكتاب بالقياس وهو غير جائز كما عرف في علم الأصول فليتأمل (قوله ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك) يعني لا يتيقن بعدم قصد الولي لقتل القاتل بعد ما أخذ الدية لجواز أن يأخذها الولي من القاتل بدون رضاه ثم يقتله . وهذا جواب عن قول الشافعي لأنه تعين مدفعا للهلاك . كذا في الشروح . أقول : للخصم أن يقول : لا شك أنه يتعين مدفعا للهلاك شرعا ، فإن القاتل يصير محقون الدم بعده ، حتى لو قتله الولي بعده يقتض منه ، وكونه مدفعا للهلاك شرعا يكفي لأخذ الدية من القاتل بدون رضاه ، إذ الظاهر أن القاتل لا يختار الهلاك المقرر عند تحقق الخلاص عنه شرعا بأداء المال بمجرد احتمال الهلاك عقلا بعد أداء ذلك أيضا ، فلو اختاره القاتل وامتنع عن أداء المال يعد ذلك سفها وإلقاء لنفسه في التهلكة فينبغي أن يحجر عليه . ثم أقول : لعل الأولى في الجواب عن قول الشافعي لأنه تعين مدفعا للهلاك أن يقال : هذا تعليل في مقابلة النص من الكتاب والسنة وهو لا يجوز كما تقرر في علم الأصول . قال في العناية أخذنا من النهاية : قيل هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحا وقد جاز . وأجيب بأن في الصلح المرضاة والقتل بعده ظاهر العدم . وقال بعض الفضلاء : فيه بحث ، لأن رضا القاتل لا يفيد ورضا الولي موجود

ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس ، والعمد ليس في معناه حتى يلحق به . وقوله (ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال جواب عن قوله لأنه تعين مدفعا للهلاك وذلك لجواز أن يأخذ الولي المال من القاتل بدون رضاه ثم يقتله . قيل هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحا وقد جاز . وأجيب بأن في الصلح المرضاة والقتل بعده ظاهر العدم . وعورض بقوله صلى الله عليه وسلم « من قتل له قتيلا فاهله بين خيرتين : إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا الدية » وبأن الشرع أوجب القصاص لمعنى الانتقام وتشفي صدور الأولياء ، بخلاف القياس فإن الجماعة تقتل بواحد والقياس لا يقتضيه ، فكان لمعنى النظر للولي وذلك بتمكينه من القصاص وأخذ الدية . والجواب أن الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا ، وأن القصاص لمعنى النظر للولي على وجه خاص وهو الانتقام وتشفي الصدور ، فإنه شرع زجرا عما كان عليه أهل الجاهلية من إفناء قبيلة بواحد لأنهم كانوا يأخذون أموالا كثيرة عند قتل واحد منهم ، بل القاتل وأهله لو بذلوا ماملوكوه وأمثاله مارضى به أولياء المقتول ، فكان إيجاب المال في مقابلة القتل العمد تضيق محكمة القصاص . وإذا ثبت أن الأصل هو القصاص لم يميز المصير إلى غيره بغير ضرورة مثل أن يعفو أحد الأولياء فإنه تعذر الاستيفاء حينئذ ، أو أن يكون محل القصاص ناقصا بأن تكون يد

قيل التخير بين الواجب وغيره ليس نسخا لوجوبه انتهى . والمذهب عند الحنفية أنه نسخ ، وموضع بيانه أصول الفقه (قوله جواب عن قوله لأنه تعين مدفعا للهلاك) أقول : فيه أنه مدفع للهلاك الشرعي بلا شبهة ، وذلك يكفي لغرض الشافعي ، لأن المراد هو كونه مدفعا شرعيا للهلاك الشرعي والقتل المستحق ، فإن القاتل يكون محقون الدم بعده إذا قتله أحد الولي أو غيره يقتض فليتأمل (قوله وذلك لجواز أن يأخذ الولي المال من القاتل بدون رضاه) أقول : ضمير رضاه راجع إلى الولي (قوله قيل هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحا وقد جاز) أقول : جواز الصلح عن دم العمد يثبت بالنص كما تقدم في كتاب الصلح ، مع أن ما ذكره كلام على السند بما لا يفيد شيئا (قوله وأجيب بأن في الصلح المرضاة والقتل بعده ظاهر العدم) أقول : فيه بحث ، لأن رضا القاتل لا يفيد ، ورضا الولي موجود في محل النزاع ، والأولى أن يكتفى في الجواب بقوله إن في الصلح المرضاة ، إذ لا مانع من الأخذ فيه بعدما وجد رضا القاتل ، بخلاف ما نحن فيه (قوله والجواب أن الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا) أقول : على أنه يجوز أن يكون المراد ثبوت الخيار عند إعطاء القاتل الدية ، وتخيره لا ينافي رضا الآخر في غير الواجب ، وهذا كما يقال للذاتين : خذ يديك إن شئت دراهم وإن شئت دنائير وإن شئت عروضا ، ومعلوم أنه لا يأخذ غير حقه إلا برضا المديون ، كذا في شرح الزيلعي ، وإنما لم يلتفت الشارح لهذا الجواب لأنه يرد عليه لزوم عدم تعين القصاص لموجبية العمد حيث خير الولي بين القتل وأخذ الدية ، غاية أن يكون أخذ الدية رضا القاتل ، وعدم إفادته الشافعي لا يفيدنا ، فإن مطلوبنا تعين القصاص لموجبيته تأمل (قوله فإنه شرع زجرا عما كان عليه أهل الجاهلية) أقول : فيه بحث .

ولا كفارة فيه عندنا . وعند الشافعي رحمه الله تجب لأن الحاجة إلى التكفير في العمد أمس منها إليه في الخطأ فكان أدعى إلى إيجابها . ولنا أنه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها . ولأن الكفارة من المقادير .

في محل النزاع . والأولى أن يكتفى في الجواب بقوله إن في الصلح المراضاة . إذ لا مانع من الأخذ فيه بقدم ما وجد رضا القاتل ، بخلاف ما نحن فيه انتهى . أقول : بختمه ساقط . لأن قوله لأن رضا القاتل لا يفيد غير مسلم . فإن رضاه إذا اجتمع مع رضا الولي يفيد أمرا زائدا على رضا الولي وحده . فإن التصالح والتوافق من الجانبين يقطع مادة العدواة والبغض عادة . وعن هذا قال الله تبارك وتعالى - والصلح خير - بخلاف رضا الولي وحده فإن الإنسان كثيرا ما يندم على فعل نفسه وحده فيرجع عنه فتم قول الحبيب والقتل بعده ظاهر العدم ، وقد كان صاحب النهاية أشار إلى ما قلنا حيث قال في بسط الجواب المذكور : قلت لا كذلك لأنهما لما تصالحا برضاها على المال كان وهم قصد القتل مندفعاً لأن للراضى والتصالح تأثير في دفع الشر ، قال الله تعالى - والصلح خير - ولما ورد الخير انتفى الشر لأعماله للتضاد بينهما انتهى . ثم قال في العناية : وعورض بقوله تعالى الصلاة والسلام « من قتل له قتيل فألهه بين خيرتين : إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا الدية » وبأن الشرع أوجب القصاص لمعنى الانتقام وتشفى صدور الأولياء . بخلاف القياس فإن الجماعة تقتل بواحد والقياس لا يقتضيه ، فكان لمعنى النظر للولي وذلك بتمسكه من القصاص وأخذ الدية . والجواب أن الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا ، وأن القصاص لمعنى النظر للولي على وجه خاص وهو الانتقام وتشفى صدور . فإنه شرع زجرا عما كان عليه أهل الجاهلية من إفناء قبيلة بواحد ، لا لأنهم كانوا يأخذون أموالا كثيرة عند قتل واحد منهم . بل القاتل وأهله لو بذلوا ماملوكه وأمثاله ما رضى به أولياء المقتول . فكان إيجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييع حكمة القصاص انتهى . أقول : فيه نظر ، إذ للخصم أن يقول : إنما يكون إيجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييعا لحكمة القصاص أن لو كان إيجابه في مقابله على وجه التعيين ، وأما إذا كان ذلك لأعلى وجه التعيين بل على وجه تخيير الولي بين أخذ المال وبين القصاص كما هو المذهب عند الخصم فلا تضييع لحكمة القصاص . إذ لا ولي حينئذ القدرة على الانتقام وتشفى صدور باختيار القصاص ، فإذا لم يختره بل اختار المال كان تاركاً للانتقام باختياره فكان كما إذا عفا أو صالح في إسقاط ما قدر عليه من حقه (قوله ولنا أنه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها) قال تاج الشريعة : فإن قلت : يشكل بكفارة قتل صيد الحرم فإنه كبيرة محضة ومع هذا تجب فيه الكفارة . قلت : هو جنائية على المحل ، ولهذا لو اشترك حلالان في قتل صيد الحرم يلزم جزاء واحد ، ولو كان جنائية الفعل لوجب جزاءان . والجنائية على المحل يستوى فيه العمد والخطأ انتهى . أقول : في الجواب بحث . أما أولا فلأنه لا يدفع السؤال المذكور لأن موارده مضمون الدليل المزبور ، وهو أن الكفارة لا تناط بما هو كبيرة محضة لأصل المدعى وهو أنه لا كفارة في القتل العمد ، فإذا سلم كون قتل صيد الحرم كبيرة محضة يلزم أن يشكل الدليل المزبور به سواء كان جنائية الفعل أو جنائية المحل ، وكون الجنائية على المحل يستوى فيه العمد والخطأ إنما يفيد أو أورد السؤال على أصل المدعى ، فإنه يمكن الجواب عنه حينئذ بأن ما قلناه في جنائية الفعل دون جنائية المحل وقتل صيد الحرم من قبيل الثانية دون الأولى . وأما ثانيا فلأنه قد تقررت كتب أصول الفقه أن الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل أصلا . فلو كان قتل صيد الحرم جنائية على المحل لاجنبية الفعل لزم أن لا تصالح الكفارة لكون الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل أصلا (قوله ولأن الكفارة من المقادير

قاطع اليد أقل أصعبا وأمثال ذلك . وقوله (ولا كفارة فيه عندنا) أى في القتل العمد سواء وجب فيه القصاص أو لم يجب كالأب إذا قتل ابنه عمدا . وعند الشافعي رحمه الله تجب لأن الحاجة إلى التكفير في العمد أمس منها إليه في الخطأ لأنها لستر الذنب والذنب في العمد أعظم (ولنا أنه كبيرة محضة) وما هو كذلك لا يكون سببا لما فيه معنى العبادة والكفارة فيها ذلك وموضعه أصول الفقه . وقوله (ولأن الكفارة) جواب عن قياس الشافعي وهو واضح . فإن قيل : هب أن القياس لا يصح فليصح دلالة لآتيهما مثلان

وتعنيها في الشرع لدفع الأدنى لا يعينها لدفع الأعلى . ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه الصلاة والسلام « لا ميراث لقاتل » . قال (وشبه العمد عند أبي حنيفة أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما أجرى مجرى السلاح) وقال أبو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي : إذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة فهو عمد . وشبه العمد أن يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لأنه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا لما أنه يقصد بها غيره كالتأديب ونحوه فكان شبه العمد . ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تثبت لأنه لا يقصد به إلا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود .

وتعنيها في الشرع لدفع الأدنى لا يدل على تعينها لدفع الأعلى هذا جواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد على وجوبها في الخطأ يعني أن تعين الكفارة في الشرع لدفع الذنب الأدنى وهو الخطأ لا يدل على تعينها لدفع الذنب الأعلى وهو العمد ، فإن كم من شيء يتحمل الأدنى للقدرة عليه ولا يتحمل الأعلى للعجز عنه ، كذا في النهاية وغيرها . قال صاحب العناية : فإن قال الشافعي قد دلّ الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث واثلة بن الأسقع قال « أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل ، فقال : أعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو منها عضوا منه من النار » وإيجاب النار إنما يكون بالقتل العمد . قلنا : لانسلم لجواز أن يكون استوجبها بشبه العمد كالقتل بالحجر أو العصا الكبيرين . سلمناه لكنه لا يعارض إشارة قوله تعالى - ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها - فإن الفاء تقتضي أن يكون المذكور كل الجزاء ، فلو أوجبنا الكفارة لكان المذكور بعضه وهو خلف انتهى . أقول : للخصم أن يقول : هذا مشترك الإلزام ، إذ القصاص واجب في القتل العمد بالإجماع ، فلو اقتضى الفاء أن يكون المذكور بعدها كل الجزاء لزم أن يكون القصاص أيضا مذكورا في الجزاء مع أنه لم يذكر فيه وإن حل الجزاء المذكور في الآية على الجزاء الأخرى فقط كما هو الظاهر من النظم الشريف . وقيل القصاص جزاء ديني فلهذا لم يذكر بعد الفاء فليكن الأمر كذلك في شأن الكفارة . ثم أقول : يمكن أن يجاب عنه بوجهين أحدهما أن وجوب القصاص عرف بآية أخرى وهي قوله تعالى - كتب عليكم القصاص في القتلى - فإن دلت إشارة قوله تعالى - ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها - على أن القصاص ليس من جزاء القتل العمد كالكفارة بمقتضى كون المذكور بعد الفاء كل الجزاء فقد دلت عبارة قوله تعالى - كتب عليكم القصاص في القتلى - على وجوب القصاص في القتل العمد .

في المناط وهو السر ولا معتبر لصفة العمدية كالحرم إذا قتل الصيد عمدا فإنه كقتله خطأ . فالجواب أن المماثلة ممنوعة ، فإن ذنب العمد مما لا يستر بها لعدم صلاحيته لعلها كما مر . فإن قيل : قد دلّ الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث واثلة ابن الأسقع « أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل ، فقال : أعتقوا عنه رقبة يعتق الله بكل عضو منها عضوا منه من النار » وإيجاب النار إنما يكون بالقتل العمد . قلنا : لانسلم لجواز أن يكون استوجبها بشبه العمد كالقتل بالحجر أو العصا الكبيرين . سلمناه لكنه لا يعارض إشارة قوله تعالى - ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها - فإن الفاء تقتضي أن يكون المذكور كل الجزاء . فلو أوجبنا الكفارة لكان المذكور بعضه وهو خلف . قال (وشبه العمد عند أبي حنيفة الخ) اختلفوا في تفسير هذا النوع من القتل : فقال أبو حنيفة رحمه الله : شبه العمد هو أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا أجرى مجراه سواء كان الهلاك به غالبا كالخجر والعصا الكبيرين ومدقة القصار أو لم يكن كالعصا الصغيرة . وقالوا : هو أن يتعمد الضرب بما لا يحصل الهلاك به غالبا كالعصا الصغيرة إذا لم يوال في ضربات . فأما إذا والى فيها فليل شبه عمد عندهما وقيل عمد محض ، قالوا : سمي هذا النوع شبه العمد لاقتصار معنى العمد فيه وإلا لكان عمدا ، واقتصاره إنما يتصور في استعمال آلة لا يقتل بها غالبا كالعصا الصغيرة فإنه يقصد باستعمالها غير القتل كالتأديب ونحوه . لا في استعمال آلة لا تثبت فإنه لا يقصد باستعمالها إلا القتل

(قوله قوله تعالى - ومن يقتل مؤمنا متعمدا - الخ) أقول : ذكر في الكتب الكلامية أن المراد هو المستحل لأن المؤمن بارتكاب الكبيرة

وله قوله عليه الصلاة والسلام « ألا إن قتيلاً خطأ العمد قتيلاً السوط والعصا . وفيه مائة من الإبل » ولأن الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه . إذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله . وبه يحصل القتل غالباً فقصر العمدية نظراً إلى الآلة : فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة .

وقد تقرر في علم الأصول أن عبارة النص ترجح على إشارة النص عند التعارض فعملنا بعبارة قوله تعالى - كتب عليكم القصاص في القتلى - وثانيهما أن القصاص جزء المحل من وجه وجزء الفعل من وجه آخر كما بين في التوضيح وغيره من كتب الأصول . وأما الكفارة فجزء الفعل من كل الوجوه على ما تقرر في كتب الأصول أيضاً . والظاهر من الجزء المضاف إلى الفاعل في قوله تعالى - ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها - هو جزء فعله من كل الوجوه . فلا يلزم أن يكون القصاص مذكوراً فيه ، بخلاف الكفارة لو أوجبناها . وقال صاحب النهاية ومعراج الدراية هاهنا نقلاً عن الميسر والأسرار : ولا وجه لحمل الآية على المستحل لأن المذكور في الآية جزء القتل العمد ، وإذا حمل على المستحل كان المذكور جزء الردة ، ولأن زيادة الاستحلال زيادة على الشرط المنصوص فيكون نسخاً . أما تأويل الخلود فعلى معنى أنه لو عامله بعداه أو على معنى تطويل المدة مجازاً يقال خلد فلان في السجن إذا طالت المدة انتهى . أقول : ليس شيء من ذلك الدليلين المسوقين لعدم وجه حمل الآية المذكورة على المستحل بمستقيم . أما الأول منهما فلأن كون المذكور في هاتيك الآية جزء قتل العمد مما لا ينافيه كونه جزء الردة أيضاً على تقدير حملها على المستحل ، إذ يصير المذكور فيها على ذلك التقدير جزء القتل العمد المخصوص وهو القتل بطريق الاستحلال والعياذ بالله ، ولا شك أن القتل بهذا الطريق مستلزم للردة ، ففي الآية إذ ذاك بيان جزء الردة التي سببها القتل المخصوص ، وفي التعبير في الشرط بمن يقتل مؤمناً متعمداً دون من يرتد عن دين الإسلام فائدة التنبيه على سببية قتل المؤمن بطريق الاستحلال للارتداد الذي جزاؤه جهنم على الخلود ، وهذا معنى لطيف لا يخفى . وأما الثاني منهما فلأنه لا يلزم من حمل الآية الزبورة على المستحل زيادة الاستحلال على الشرط المنصوص ، بل يكون الاستحلال حينئذ مدلول نفس الشرط المنصوص بأن يكون المراد من - متعمداً - معنى مستحلاً مجازاً بقرينة ذكر الخلود ، في الجزء ، كما أن أئمتنا حملوا متعمداً على هذا المعنى في قول النبي صلى الله عليه وسلم « من ترك الصلاة متعمداً فقد كفر » وبأن يكون معنى من يقتل مؤمناً من يقتله لكونه مؤمناً كما ذكره العلامة التفتازاني في شرحه للعقائد : فيكون مداره على قاعدة أن ترتيب الحكم على المشتق يقتضي عليه المأخذ . ولا شك أن قتل المؤمن لكونه مؤمناً يقتضي استحلال قتله فيحصل الدلالة على الاستحلال من نظم النص المزبور فلا يلزم النسخ أصلاً ، والعجب من هؤلاء الأجلاء وهم أصحاب الميسر والأسرار والنهاية ومعراج الدراية أنه كيف خفي عليهم ما ذكرنا . قال القاضي البيضاوي في تفسير الآية المذكورة : وهو عندنا إما مخصوص بالمستحل له كما ذكره عكرمة وغيره ، ويؤيده وأنه نزل في مقيس بن حباب وجد أخاه هشاماً قتيلاً في بني النجار ولم يظهر قاتله . فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يدفعوا إليه دية فدفعوا ، ثم حمل على مسلم فقتله ورجع إلى مكة مرتداً . أو المراد بالخلود المكث الطويل ، فإن الدلائل متظاهرة على أن عصاة المؤمنين

ولأبي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم (ألا إن قتيلاً خطأ العمد قتيلاً السوط والعصا ، وفيه مائة من الإبل » رواه النعمان ابن بشير رضى الله عنه . ووجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام جعل قتيلاً السوط والعصا مطلقاً شبه عمد فتخصيصه به بالصغيرة إبطال للإطلاق وهو لا يجوز ، ولأن العصا الكبيرة والصغيرة تساوي في كونهما غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له ، إذ لا يمكن الاستعمال على غرة من المقصود قتله ، وبالأستعمال على غرة يحصل القتل غالباً ، وإذا تساوى القتل بالعصا

لا يخلد في النار . ولك أن تقول : أريد بالخلود المكث الطويل ، والله تعالى أعلم بمراده (قال المصنف : وله قوله عليه الصلاة والسلام « ألا إن قتيلاً خطأ العمد قتيلاً السوط والعصا » الحديث) أقول : قال ابن المز : الحديث حجة عليه لاله ، فإن العصا لا يطلق إلا على ما لا يقتل غالباً ، ولا تسمى الحشبة الكبيرة عصا بل جذعاً وأسطوانة ونحوهما ، وعملها فوق عمل العصا فلا يلحق به انتهى . وجوابه أن

قال (وموجب ذلك على القولين الإثم) لأنه قتل وهو قاصد في الضرب (والكفارة) لشبهه بالخطأ (والدية مغلظة على العاقلة) والأصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهمي على العاقلة اعتبارا بالخطأ . وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر بن الخطاب رضي الله عنه . وتجب مغلظة ، وسنين صفة التغليب من بعد إن شاء الله تعالى (ويتعلق به حرمان الميراث) لأنه جزاء القتل . والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث .

لا بدوم عذابهم . إلى هنا لفظ القاضي (قوله وموجب ذلك على القولين الإثم لأنه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطأ) أقول : الظاهر المتبادر من قوله لشبهه بالخطأ قياس وجوب الكفارة في شبه العمد على وجوبها في الخطأ أو إلحاق وجوبها في شبه العمد دلالة بوجودها في الخطأ . وأيا ما كان يرد عليه أن يقال إن تعيينها لدفع الذنب الأدنى في الشرع لا يعينها لدفع الذنب الأعلى كما سبق في الجواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد على وجوبها في الخطأ ، إذ لا شك أن شبه العمد أيضا أعلى ذنبا من الخطأ المحض . فإن إلحاق في الأول قاصد في الضرب بخلاف الثاني . وعن هذا قالوا في الأول وموجبه المسأثم وفي الثاني ولا إثم فيه . فالأول في بيان وجوب الكفارة في شبه العمد ما ذكره صاحب الكافي حيث قال . والكفارة لأنه خطأ نظرا إلى الآلة ، فدخل تحت قوله تعالى - ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة - الآية انتهى (قوله والأصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهمي على العاقلة اعتبارا بالخطأ) أقول : مدلول قوله اعتبارا بالخطأ أن يكون الأصل في وجوب الدية على العاقلة هو الخطأ . وأن يكون وجوبها عليهم في شبه العمد ثابتا بالقياس على الخطأ . وليس ذلك بواضح ، إذ المصنف قال في أوائل كتاب المعاقل : والأصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه الصلاة والسلام في حديث حمل ابن مالك رضي الله عنه للأولياء « قوموا فدوه » انتهى . وقد كانت الجناية في حديث حمل بن مالك شبه عمد لا خطأ فإن تفصيله على ما ذكره الشراح قاطبة في فصل الجنين من كتاب الدييات أنه روى عن حمل بن مالك قال « كنت بين ضربتين فضربت إحداهما الأخرى بعمود فسقط أو بمسطح خيمة فألقت جنينا ميتا ، فاختصم أولياؤها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال عليه الصلاة والسلام لأولياء الضاربة : دوه . فقال أخوها : أئدى من لأصاح ولا استهل ، ولا شرب ولا أكل ، ودم مثله يطل ، فقال عليه الصلاة والسلام : أجمع كسجع الكهان » وفي رواية « دعى وأراجيز العرب قوموا فدوه » وهكذا ذكر في المبسوط أيضا ، ولا ريب أن قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية على العاقلة على ما ذكرنا في تفصيل ذلك في الحديث إنما كان بخيانة شبه العمد دون الخطأ ، فكان وجوب الدية على العاقلة في شبه العمد ثابتا بالنص دون القياس . وكان الأصل في هذا

الصغيرة شبه عمد فكذا بالكبيرة . وقوله (وموجب ذلك) أي موجب شبه العمد على القولين : يعني قول أبي حنيفة وقولهما (الإثم لأنه قتل وهو قاصد في الضرب) على ما مر من تفسيره (والكفارة لشبهه بالخطأ والدية مغلظة على العاقلة . والأصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهمي على العاقلة) احترز بقوله لا بمعنى يحدث من بعد عما تصالحوا فيه على الدية وعن قتل الوالد ولده عمدا وعن إقرار القاتل بالقتل خطأ (وقد كان قتله عمدا فإن في هذه الصورة تجب الدية على القاتل في ماله . وقوله (لقضية عمر رضي الله عنه) يعني ما روى عنه أنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين ، والمراد منه

العصا الكبيرة إذا ضرب بها عمد عندها (قال المصنف : والكفارة لشبهه بالخطأ) أقول : وفيه أن تعيينها لدفع الأدنى لا يعينها لدفع الأعلى كما سبق آنفا (قال المصنف : والأصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهمي على العاقلة اعتبارا بالخطأ) أقول : الأصل في وجوب الدية على العاقلة حديث حمل بن مالك على ما ساق في المعاقل ، والقتل فيه كان شبه عمد . وفي معراج الدراية روى الطحاوي عن المغيرة بن شعبه « أن امرأتين ضربت إحداهما الأخرى بعمود فسقط ، فقضى عليه الصلاة والسلام عليها بالدية على عصابة القتالة » متفق عليه . وهو حديث حمل بن مالك في الفرقة كما يحكي انتهى ، فكيف يقاس بالخطأ (قوله وقد كان قتله عمدا) أقول : بأن ظهر ذلك بعد أخذ الدية مثلا (قال المصنف : والشبهة تؤثر في ثبوت القصاص دون حرمان الميراث) أقول : صرح المصنف في آخر الكتاب أن القصاص

ومالك وإن أنكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما أسلفناه . قال (والخطأ على نوعين : خطأ في القصد ، وهو أن يرى شخصا يظنه صيدا فإذا هو آدمي ، أو يظنه حربيا فإذا هو مسلم . وخطأ في الفعل ، وهو أن يرى غرضا فيصيب آدميا ، وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة) لقوله تعالى - فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله - الآية ، وهي على عاقلته في ثلاث سنين ،

الحكم هو شبه العمد لا الخطأ فتأمل (قوله ومالك رحمه الله تعالى وإن أنكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما أسلفناه) قال جمهور الشراح : أراد به قوله عليه الصلاة والسلام «ألا إن قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا» وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك : ولكن المجهود من المصنف في مثله أن يقول ما روينا ، وقال : والحق أن يقال إنما قال أسلفناه نظرا إلى الحديث والمعنى المعقول انتهى . أقول : فيه كلام ، وهو أن حاصل المعنى المعقول على ما قرره صاحب العناية فيما قبل قياس العصا الكبيرة على العصا الصغيرة في كونها غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له ، ومالك منكر كون القتل بالعصا الصغيرة أيضا شبه عمد ، فإنه قال : لا أدري ما شبه العمد ، وإنما القتل نوعان : عمد ، وخطأ ، إذ لا واسطة بينهما في سائر الأفعال فكذا في هذا الفعل فكيف يكون المعنى المعقول المذكور حجة عليه (قوله والخطأ على نوعين : خطأ في القصد ، وهو أن يرى شخصا يظنه صيدا فإذا هو آدمي ، أو يظنه حربيا فإذا هو مسلم ، وخطأ في الفعل وهو أن يرى غرضا فيصيب آدميا) أقول : في عبارة الكتاب هاهنا تسامح . فإنه قال في تفسير الخطأ في القصد : وهو أن يرى شخصا يظنه صيدا الخ . وقال في تفسير الخطأ في الفعل : وهو أن يرى غرضا فيصيب آدميا . ولا يخفى أن كل واحد من نوعي الخطأ غير منحصر بما ذكره في تفسير ، بل الذي ذكره في تفسير كل واحد منهما جزئي من جزئياته فكان أخص منه جدا فلم يصلح لأن يكون تفسيرا له ، فكان الظاهر أن يقال في كل واحد منهما ، وهو نحو أن يرى أو هو كأن يرى إشارة إلى العموم ، كما تداركه صاحب الوقاية حيث قال : وفي الخطأ قصدا كرميه مسلما ظنه صيدا أو حربيا وفعل كرميه غرضا فأصاب آدميا انتهى . ثم إن صدر الشريعة قال في شرح الوقاية : الخطأ ضربان : خطأ في القصد ، وخطأ في الفعل . فالخطأ في الفعل أن يقصد فعلا فصدر منه فعل آخر ، كما إذا رمى الغرض فأخطأ وأصاب غيره والخطأ في القصد أن لا يكون الخطأ في الفعل وإنما يكون الخطأ في قصده ، فإنه قصد بهذا الفعل حربيا لكن أخطأ في ذلك القصد حيث لم يكن ما قصده انتهى . ورد عليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال : من قال الخطأ في الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل يصدر فعل آخر فكانه زعم أنه شرط في الخطأ في الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل يصدر عنه فعل آخر وليس كذلك ، فإنه إذا رمى غرضا فأصابه ثم رجع عنه أو تجاوز عنه إلى ما وراءه فأصاب رجلا يتحقق الخطأ في الفعل ، والشرط المذكور مفقود في الصورتين ، ثم إنه أخطأ من وجه آخر حيث اعتبر القصد فيه وذلك غير لازم ، فإنه إذا سقط من يده خشبة أو لبنة فقتل رجلا يتحقق الخطأ في الفعل ولا قصد فيه انتهى . أقول : كل من وجهي رده ساقط جدا . أما الأول فلأن صدر الشريعة لم يشترط في الخطأ في الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده ، بل قال : فالخطأ في الفعل أن يقصد فعلا فصدر عنه فعل آخر ، وهذا أعم من أن يصدر عنه الفعل الذي قصده كما صدر عنه فعل آخر ، ومن أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده . مثال الأول ما ذكره الراد من الصورتين ، ومثال الثاني وهو الأكثر وقوعا ما ذكره صدر الشريعة بقوله كما

كما مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لأنه لما لا يعرف بالرأى . وقوله (فالحجة عليه ما أسلفناه) قيل أراد قوله صلى الله عليه وسلم «ألا إن قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا» الحديث ، ولكن المجهود من المصنف رحمه الله في مثله أن يقول ما روينا والحق أن يقال : إنما قال أسلفناه نظرا إلى الحديث والمعنى المعقول . قال (والخطأ على نوعين) إنما انحصر الخطأ في نوعين ، لأن الرمي إلى شيء مثلا مشتمل على فعل القلب وهو القصد والجارحة وهو الرمي ، فإن اتصل الخطأ بالأول فهو الأول ، وإن اتصل

لما بيناه (ولا إثم فيه) يعنى في الوجهين . قالوا : المراد إثم القتل ، فأما في نفسه فلا يعرى عن الإثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي ، إذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى (ويحرم عن الميراث) لأن فيه إثمًا فيصح تعليق الحرمان به ، بخلاف ما إذا تعدد الضرب موضعاً من جسده فأخطأ فأصاب موضعاً آخر فمات حيث يجب القصاص ، لأن القتل قد وجد بالقصد إلى بعض بدنه وجميع البدن كالحل الواحد . قال (وما أجرى مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطأ في الشرع) ، وأما القتل بسبب كحافر البئر ووضع الحجر في غير ملكه ، وموجهه إذا تلف فيه أدى الدية على العاقلة (لأنه سبب التلف وهو متعد في فأنزل موقعاً دافعاً فوجب الدية) ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث (وقال الشافعي : بلحق بالخطأ في أحكامه) ، لأن الشرع أنزله قاتلاً . ولنا أن القتل معدوم منه حقيقة ذألحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الأصل . وهو إن كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت على ما قالوا . وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه (وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها) لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة . وما دونها لا يختص إتلافه بآلة دون آلة .

إذا رمى الغرض فأخطأ ، بل يجوز أن يكون قوله كما إذا رمى الغرض فأخطأ عاماً كصورتى صدور ما قصده أيضاً وعدم صدوره كما لا يخفى على ذى فطنة . وأما الثاني فلأن تحقق الخطأ في الفعل في صورة إن سقط من يده خشبة أو لبنة فقتل رجلاً ممنوع ، بل المتحقق هناك ما أجرى مجرى الخطأ كالنائم ينقلب على رجل فيقتله لأنفس الخطأ إذ لا بد فيه من صدور فعل عنه باختياره . وفي صورة إن سقط من يده شيء فقتل رجلاً لم يصدر عنه فعل باختياره بل وقع السقوط بفعله لا باختيار فصار لامحالة من قبيل ما أجرى مجرى الخطأ ، والكلام هنا في نفس الخطأ لا فيما أجرى مجرى الخطأ فإنه قسم آخر من الأقسام الخمسة للجناية سيأتى ذكره مستقلاً فيما بعد (قوله ولا إثم فيه : يعنى في الوجهين) أقول : كان الأولى للمصنف أن يقول : يعنى في كل واحد من الوجهين ، إذ يحصل حينئذ إصلاح أفراد الضمير أيضاً .

بالثاني فهو الثاني . وقوله (لما بيناه) إشارة إلى قوله وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر رضى الله عنه (ولا إثم فيه في الوجهين) أى النوعين لقوله صلى الله عليه وسلم «رفع عن أمتي الخطأ» الحديث . وقوله (ويحرم عن الميراث لأن فيه إثمًا) بدليل وجوب الكفارة ، والحرمان يجب بأنواع القتل فيها هوجناية ، قيل على المورث تضمنت تهمة الاستعجال على الميراث ، وهذا كذلك لاحتمال أنه قصده ، إلا أنه أظهر الخطأ من نفسه ، وقد ذكرنا ذلك في شرح الرسالة ومختصر الضوء في الفرائض مستوفى بتأييد الله تعالى . وقوله (بخلاف ما إذا تعدد) متصل بقوله وموجب ذلك الكفارة والدية . وصورة ذلك رجل تعدد أن يضرب يد رجل فأخطأ فأصاب عنقه فقتله فهو عمد فيه القود . ولو أراد يد رجل فأصاب عنقه غيره وأبانه فهو خطأ ، وما أجرى مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فقتله لأن النائم لا يوصف فعله بالعمد ولا بالخطأ ، إلا أنه كالخطأ في الأحكام لأن المقتول مات بثقله فكأنه مات بفعله . وقوله (لأن الشرع أنزله قاتلاً) يعنى في حق الضمان فكذا في الكفارة والحرمان . ولنا أن الكفارة تجب بالقتل وهو معدوم منه حقيقة لعدم اتصال فعله به ، وإنما ألحق به في حق الضمان على خلاف القياس صيانة للدعاء عن المحدثين في حق غيره على الأصل . فإن قيل : الحافر في غير ملكه يأثم وما فيه إثم من القتل يصح تعليق الحرمان به كما ذكرتم في الخطأ . أجاب بقوله (وهو إن كان يأثم بالحفر في غير ملكه) أى الإثم الحاصل بالقتل يصح تعليق الحرمان به ، وما ذكرتم ليس كذلك فإن إثمه إثم الحفر لا الموت . وقوله (وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها) يعنى ليس فيما دون النفس شبه عمد إنما هو عمد أو خطأ (لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة) فإن إتلاف النفس لا يقصد إلا بالسلاح وما جرى

(قال المصنف : لأن فيه إثمًا فيصح تعليق الحرمان به) أقول : الأظهر أن يقول : لأنه قاتل ، وإلا فجرد وجود الإثم لا يوجد الحرمان فلا بد من نوع تكلف يعرف من الكفاية .

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

قال (القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأييد إذا قتل عمدا) أما العمدية فلما بيناه ، وأما حقن الدم على التأييد فانتفى شبهة الإباحة وتحقق المساواة . قال (ويقتل الحرّ بالحرّ والحرّ بالعبد) للعمومات . وقال الشافعي رحمه الله : لا يقتل الحرّ بالعبد لقوله تعالى - الحرّ بالحرّ والعبد بالعبد - ومن ضرورة هذه المقابلة أن لا يقتل حرّ بعبد ، ولأن مبنى القصاص على المساواة وهي متفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

لما فرغ من بيان أنواع القتل شرع في تفصيل ما يوجب القصاص من القتل وما لا يوجبه في باب على حدة (قوله أما العمدية فلما بيناه) من قوله عليه الصلاة والسلام « العمد قود » ومن أن الجنائية بها تتكامل ، كذا في العناية وغاية البيان . وقال بعض الفضلاء : ومن قوله تعالى - كتب عليكم القصاص في القتل - على ما مر في وجه كون موجب القتل القود عيناه . أقول : فيه نظر ، لأن قوله تعالى - كتب عليكم القصاص في القتل - إنما يدل على وجوب القصاص في القتل ، وأما كون وجوب القصاص في القتل العمد خاصة فلا تدل عليه الآية المذكورة وحدها لإطلاقها ، وإنما يدل عليه الحديث المشهور وهو قوله

مجرأه ، وأما ما دونها فإنه يقصد إنلافه بغيره كما يقصد به ؛ ألا ترى أن فقهاء العين كما يقصد بالسكين يقصد بالسوط والعصا الصغيرة .

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

لما فرغ من بيان أقسام القتل وكان من حملها العمد وهو قد يوجب القصاص وقد لا يوجبه احتاج إلى تفصيل ذلك في باب على حدة . قال (القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأييد الخ) هذه ضابطة كلية لمعرفة من يجب له القصاص ، وحقن الدم منه أن يسفك . وقوله (على التأييد) احتراز عن المستأمن ، فإن في دمه شبهة الإباحة بالعود إلى دار الحرب المزية للمساواة المنهي عنها القصاص ، ولا بد من صفة العمدية لما بينا من قوله صلى الله عليه وسلم « العمد قود » ومن أن الجنائية بها تتكامل ، وفيه بحث من أوجه : الأول أن العفو مندوب إليه وذلك يناق وصف القصاص بالوجوب . الثاني أن حقن الدم على التأييد غير متصور لأنّ أنهى ما يتصور منه أن يكون للمسلم في دار الإسلام وهو يزول بالارتداد والعياذ بالله تعالى . الثالث أنها منقوضة بمسلم قتل ابنه المسلم فلها موجودة فيه ولا قصاص . الرابع إن قيد التأييد لثبوت المساواة ، وإذا قتل المستأمن مسلما وجب القصاص ولا مساواة بينهما . باب عن الأول أن المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو . وعن الثاني أن المراد بالحقن على التأييد - من حيث الأصل - الارتداد عارض لا معتبر به ورجوع الحرب إلى داره أصل لا عارض ؛ وعن الثالث بأن القصاص ثابت لكنه انقلب مالا لشبهة الأبوة . وعن الرابع بأن التفاوت إلى نقصان غير مانع عن الاستيفاء ، بخلاف العكس .

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

(قوله لما بينا من قوله عليه الصلاة والسلام) أقول : ومن قوله تعالى - كتب عليكم القصاص في القتل - على ما مر في وجه كون موجب القتل القود عيناه (قوله والجواب عن الأول أن المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء ، ولا منافاة بينه وبين العفو) أقول : لا يخفى أن ما ذكره مجازي لا ينهي ارتكابه إلا لضرورة ، ولا ضرورة إذ يجوز أن يقال : إنه واجب على الأئمة لا يحل لهم أن يتركوه إذا أراد ولى الدم الاستيفاء ، أو يقال : هو واجب على القاتل إذا لم يسلم نفسه عند مطالبة الولي بالقصاص يأثم ، وقد فسر بهذين الوجهين قوله تعالى - يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص - الآية (قوله ما هو بحسب الأصل) أقول : الأصل هاهنا بمعنى الكثير الراجح كما لا يخفى (قوله لكنه انقلب مالا لشبهة الأبوة) أقول : الظاهر أن يقال لحمة الأبوة ، ومراد الشارح للشبهة الناشئة من الأبوة في درء القصاص

الحرّ بطرفه . بخلاف العبد بالعبد لأنهما يستويان . وبخلاف العبد حيث يقتل بالحرّ لأنه تفاوت إلى نقصان : ولنا أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين وبالدار ويستويان فيهما ، وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة ، والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه .

عليه الصلاة والسلام « العمد قود » والدليل المعقول كما أفصح عنه المصنف فيما قبل حيث قال : والقود لقواه تعالى - كتب عليكم القصاص في القتلى - وقال : إلا أنه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه الصلاة والسلام « العمد قود » أي موجه ، ولأن الجنابة بها تتكامل الخ ، فكيف يتصور أن يندرج قوله تعالى - كتب عليكم - الخ في قول المصنف ها هنا أما العمدية فلما بيناه كما يقتضيه قول ذلك البعض ، ومن قوله تعالى - كتب عليكم القصاص في القتلى - تبصر (قوله وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : فإن قال الشافعي : جاز أن تكون شبهة الإباحة مانعة وهي ثابتة لأن الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كما بين المسلم والمستأمن فكذا أثره . أجاب بقوله وجريان القصاص ومعناه لا يصلح ذلك مانعا ، إذ لو صح لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستأمنين وليس كذلك اه . أقول : هذا الشرع لا يطابق المشروح ، لأن حاصله منع مانعة شبهة الإباحة عن القصاص . وحاصل المشروح منع ثبوت شبهة الإباحة في العبد ، ومن النص فيه قول المصنف يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة . فالصواب في الشرع أن يقال : ومعناه أن شبهة الإباحة غير ثابتة في العبد وإلا لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستأمنين (قوله والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه) هذا جواب عما استدلل به الخصم من مقابلة الحرّ بالحرّ والعبد بالعبد في الآية . ووجهه أن ذلك تخصيص بالذكر وهو لا ينفي ما عداه كما في قوله تعالى - والأنتى بالأنتى - فإنه لا ينفي أن يقتل الأنتى بالذكر ولا العكس بالإجماع . وفائدة التخصيص الرد على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول كما يدل عليه سبب نزول هذه الآية . وهو ما روى عن ابن عباس أن قبيلتين من العرب اقتتلتا وكانت إحداها تدعى الفضل على الأخرى فقالت : لا نرضى إلا بقتل الذكر منهم بالأنتى منا والحرّ منهم بالعبد منا فأنزّل الله تعالى هذه الآية ردّا عليهم كذا في الشرح . أقول : لقاتل أن يقول إن التخصيص بالذكر وإن لم يدل على نفي ما عداه إلا أن تعريف المسند إليه بلام الجنس يفيد القصر نحو : الكرم التقوى : أي لا غيرها والأمير الشجاع ؟ أي لا الجبان ، ونحو التوكل على الله و « الإمام من قريش » إلى غير ذلك من الأمثلة كما عرف

وقوله للعمومات يريد به مثل قوله تعالى - كتب عليكم القصاص في القتلى - وقوله - ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا - وقوله - وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس - وقوله صلى الله عليه وسلم « العمد قود » وذكر قول الشافعي رحمه الله ووجهه وهو واضح . وقوله (وهي) أي العصمة (بالدين) يعني عنده (أو بالدار) يعني عندنا (و) العبد والحر (يستويان فيهما) فيجرى القصاص بينهما ، فإن قال جاز أن تكون شبهة الإباحة مانعة وهي ثابتة لأن الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كما بين المسلم والمستأمن فكذا أثره . أجاب بقوله (وجريان القصاص) ومعناه لا يصلح ذلك مانعا ، إذ لو صلح لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستأمنين وليس كذلك . وقوله (والنص تخصيص بالذكر) جواب عما استدلل به من المقابلة في الآية ، ووجهه أن ذلك تخصيص بالذكر وهو لا ينفي ما عداه كما في قوله - والأنتى بالأنتى - فإنه لا ينفي الذكر بالأنتى ولا العكس بالإجماع ، وفائدة التخصيص الرد على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول ، وذلك أن ابن عباس روى أن قبيلتين من العرب تدعى إحداها فضلا على الأخرى اقتتلتا ، فقالت مدعية الفضل : لا نرضى إلا بقتل الذكر منهم بالأنتى منا والحرّ منهم بقتل العبد منا ، فأنزّل الله تعالى هذه الآية ردّا عليهم ، ولم يذكر الجواب عن الأطراف . وقد أجيب بأن القصاص في الأطراف يعتمد المساواة في الجزء المبان ، فإنه لا تقطع اليد الصحيحة بالشلاء ، ولا مساواة بينهما في ذلك لأن الرق ثابت في أجزاء الجسم ،

وهي شبهة الإباحة الثابتة بقوله عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » (قوله وقد أجيب بأن القصاص في الأطراف يعتمد المساواة في الجزء المبان) أقول : يعني لا يكتفى فيها المساواة في العصمة ، بل لابد من المساواة في الجزء المبان في كونه معييا وسلامته من العيب ، فطرف العبد معيب ، بخلاف طرف الحر .

قال (والمسلم بالذمي) خلافا للشافعي . له قوله عليه الصلاة والسلام « لا يقتل مؤمن بكافر » ولأنه لا مساواة بينهما وقت الجناية . وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة . ولنا ما روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بذمي » ولأن المساواة في العصمة ثابتة نظرا إلى التكليف والدار والمبيح كفر المحارب دون المسلم ، والقتل بمثله يؤذن بانتفاء

في علم الأدب . وقد استدلل الأئمة الحنفية على أن موجب القتل العمد هو القود عينا لا واحد من القود والدية لابعينه بقوله عليه الصلاة والسلام « العمد قود » وقالوا : وجه التمسك به أن الألف واللام في قوله العمد للجنس فتفيد القصر على القود فليكن الأمر كذلك فيما نحن فيه . والجواب أن اللام إنما يجوز حملها على الجنس إذا لم يكن هناك معهود كما عرف في علم الأدب وعلم الأصول أيضا ، وفي الآية المذكورة تحقق المعهود وهو ما ذكر في سبب نزولها فتحمل اللام عليه دون الجنس فلم يوجد فيها ما يقتضي القصر ، وقد أشار إليه في الكافي حيث قال بعد ذكر فائدة المقابلة ببيان سبب النزول فكان اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس (قوله وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة) قال صاحب العناية في شرح هذا الحل : إن الكفر مبيح لدمه لقوله تعالى - « وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة - أي فتنة الكفر فيورث شبهة عدم المساواة اهـ . أقول : قد حمل الشبهة المذكورة في الكتاب هنا على شبهة المساواة وهو خبط ظاهر . أما أولا فلأن المصنف قد صرح قبيل هذا بعدم المساواة بينهما على طريق الجزم حيث قال : لأنه لا مساواة بينهما وقت الجناية فكيف يتم أن يقول بعده كون الكفر مبيحا يورث شبهة عدم المساواة ويجعلها استدلالا آخر فهلا يكون هذا منافيا لما سبق أمستدركا . وأما ثانيا فلأنه سيقول في الجواب من قبلنا عن هذا الاستدلال : والمبيح كفر المحارب دون المسلم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة ، وذلك قطعي للدلالة ، على أن ليس المراد بالشبهة المذكورة هنا شبهة عدم المساواة ، إذ لا شك أن قتل الذمي بمثله لا يؤذن بانتفاء شبهة عدم المساواة بين المسلم والذمي ، وإنما يؤذن بانتفاء شبهة عدم الإباحة في دم الذمي . فالصواب أن المراد بالشبهة هنا شبهة الإباحة كما هو مقتضى تفريع قوله فيورث الشبهة على قوله ، وكذا الكفر مبيح وقد صرح بذلك في المسئلة السابقة فحينئذ ينتظم السباق واللاحق بلا غبار كما لا يخفى (قوله ولأن المساواة في العصمة ثابتة نظرا إلى التكليف أو الدار) قال صاحب العناية في حل هذا التعليل : ولأن القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي ثابتة نظرا إلى

بخلاف النفوس فإن القصاص فيها يعتمدها في العصمة وقد تساوى فيها على ماهر . قال (والمسلم والذمي فيه سواء) اختلف العلماء رحمهم الله في ثبوت اقتصاص المسلم بالذمي ، فذهب عامة العلماء إلى عدمه ، وذهب أبو حنيفة وأصحابه رضي الله عنهم إلى ثبوته وهو مذهب النخعي والشعبي . استدلل الأوون بما روى أبو جحيفة قال : « سألت عليا رضي الله عنه هل عندك من رسول الله صلى الله عليه وسلم سوى القرآن ؟ قال لا ، والذي فلق الحبة وبرأ النسمة إلا أن يعطى فهما في كتابه وما في الصحيفة ، قلت : وما في الصحيفة ؟ قال : العقل وفكالك الأسير ولا يقتل مسلم بكافر » . وبأن القصاص يعتمد المساواة في وقت الجناية ولا مساواة بينهما فيه . وإنما قيد بوقت الجناية لأن القاتل إذا كان ذميا وقت القتل ثم أسلم فإنه يقتص منه بالإجماع ، وبأن الكفر مبيح لدمه لقوله تعالى - « وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة - أي فتنة الكفر فيورث شبهة عدم المساواة . ولنا ما روى محمد بن الحسن عن إبراهيم رحمه الله « أن رجلا من المسلمين قتل رجلا من أهل الذمة فرفع ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أنا أحق من وفي بذمته ، ثم أمر به فقتل » وفي دلالة على المطلوب جلاء لا يمارى . ورد بأن مداره على ابن السلماني وهو ضعيف . قال صالح بن محمد الحافظ رحمه الله : ابن السلماني حديثه منكور ، روى عنه ربيعة أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بمعاهد وهو مرسل منكور . وقال الذارقطني : ابن السلماني لا يقوم به حجة إذا وصل فكيف إذا أرسل . والجواب أن الطعن بالإرسال والظن المبهم من أئمة الحديث غير مقبول ، وقد عرف في الأصول (ولأن القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي ثابتة نظرا إلى التكليف) يعني عنده (أو الدار) يعني عندنا فيثبت . وقوله (والمبيح كفر المحارب) جواب عن قوله وكذا الكفر مبيح ،

(قوله ولأن القصاص يعتمد المساواة في العصمة ، وهي ثابتة نظرا إلى التكليف : يعني عنده ، أو الدار : يعني عندنا) أقول : ولهذا

الشبهة : والمراد بما روى الحربي لسياقه « ولا ذو عهد في عهده » والعطف للمغايرة .

التكليف : يعني عنده ، أو الدار : يعني عندنا اه . أقول : وزع الشارح المذكور قول المصنف نظرا إلى التكليف أو الدار إلى المذهبين كما ترى ، فحمل قوله إلى التكليف على مذهب الشافعي ، وقوله أو الدار على مذهبنا ، لكنه محل نظر لأن المصنف لما قال في تعليل المسئلة السابقة . ولنا أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين أو بالدار . قال الشارح المذكور وسائر الشراح أيضا هناك . وهي أي العصمة بالدين : يعني عنده ، أو بالدار : يعني عندنا ، فقد حملوا قول المصنف بالدين على مذهب الشافعي : وإذا كان المعتبر في ثبوت العصمة عند الشافعي هو الدين فكيف يتم القول هنا بثبوتها عنده بمجرد التكليف بدون تحقق دين الإسلام كما يقتضيه شرح صاحب العناية في هذا المحل . ثم أقول : لعل كلمة أو في قول المصنف نظرا إلى التكليف : أو الدار بمعنى الواو كما في قوله :

سيان كسر رغيفه أو كسر عظم من عظامه

فيكون المجموع على مذهبنا : ويؤيده ما وقع في بعض النسخ من كلمة الواو بدل كلمة أو ، وعبرة الكافي والتبيين أيضا فإن المذكور فيهما في هذا المقام ، ولأن القصاص يعتمد المساواة في العصمة وقد وجدت نظرا إلى الدار وإلى التكليف اه . فإن قلت : لم تحمل المجموع على مذهبنا مع إبقاء كلمة أو على أصل معناها ؟ قلت : لأن التكليف وحده لا يقتضي العصمة الموجبة للقصاص : ألا يرى أنه إذا قتل مكلف ولو كان مسلما في دار الحرب لا يجب القصاص صرح به في عامة المعتمرات فلا بد من أن يكون في دار الإسلام أيضا (قوله والمراد بما روى الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة) يعني أن المراد

وتقريره أنا لانسلم أن مطلق الكفر مبيح بل المبيح كفر المحارب ، قال الله تعالى - قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله - إلى قواه - حتى يعطوا الجزية - وقوله والقتل بمثله لدفع قوله فيورث الشبهة : أي قتل الذي بالذي دليل على أن كفر الذي لا يورث الشبهة إذ لو أورثها لما جرى القصاص بينهما كما لا يجري بين الحربيين . فإن قيل : يورث الشبهة إذا قتله مسلم . قلنا : فيكون قبل قتله المسلم معصوما كالمسلم فيجب القصاص . وقوله (والمراد بما روى) جواب عما استدلوا به من حديث على رضي الله عنه . وتقريره ما ذكره الطحاوي رحمه الله في شرح الآثار أن الذي حكاه أبو جحيفة عن علي رضي الله عنه لم يكن مفردا ، ولو كان مفردا لاحتمل ما قالوا ولكن موصولا بغيره وهو قوله « ولا ذو عهد في عهده » وإليه أشار المصنف رحمه الله بقوله (لسياقه ولا ذو عهد في عهده) ووجه ذلك أنه عطف هذا على الأول والعطف للمغايرة فيكون كلاما تاما في نفسه وليس كذلك لأدائه إلى أن لا يقتل ذو عهد مدة عهده وإن قتل مسلما ، وليس بصحيح بالإجماع . فيقدر ولا ذو عهد في عهده بكاف على طريقة قوله تعالى - آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون - ثم الكافر الذي لا يقتل به ذو عهد هو الحربي بالإجماع فيقدر بكافر حربي ، وإذا لابد من تقدير حربي يقدر في المعطوف عليه كذلك ، وإلا لكان ذلك أعم والأعم لا دلالة له على الأخص بوجه من الوجوه ، فما فرضناه دليلا لا يكون دليلا هذا خلف باطل . فإن قيل : فما كيفية قتل المسلم بالحربي حتى صح نفيه وقتلهم وأجب ؟

يقتل الذي بالذي (قوله قلنا : فيكون قبل قتله المسلم معصوما كالمسلم فيجب القصاص) أقول : لم لا يجوز أن يقال : يجوز أن يكون قبل قتله المسلم معصوما نظرا إلى مثله ، وغير معصوم بالنسبة إلى المسلم ، إلا أن يقال : العصمة لا تتجزى (قوله والعطف للمغايرة) أقول : قال الإتيقاني : ولنا في هذا الكلام نظر . لأننا نقول : نعم العطف للمغايرة ، ولكن لم يعطف قوله ولا ذو عهد على كافر لأنه لو عطف عليه لقليل بالجر بل هو عطف على مؤمن ، ولكن نقول : إن الذي يقتل بالذي بالاتفاق ، فلم أن المراد بالكافر الحربي لا الذي اه . فيه بحث . وفي الكفاية : فإن قيل : جاز أن يراد بذي العهد المسلم . قلنا : العطف يقتضي المغايرة اه . وبهذا يخرج الجواب عما ذكره الإتيقاني فليتأمل (قوله فيقدر ولا ذو عهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى - آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون -) أقول : له أن يقول : هذا مثل قوله عليه الصلاة والسلام « من قتل معاذا لم يرح رائحة الجنة » فكان الوعيد فيه لمن قتله بغير حق ، فكذا النهي في هذا الحديث عن قتله بغير حق ، وله نظائر (قوله وإلا لكان ذلك أعم) أقول : أي الكافر الذي في المعطوف عليه أعم من الحربي (قوله فما فرضناه دليلا) أقول : أي على التقدير (قوله لا يكون دليلا هذا خلف باطل) أقول : المقدر في الثاني لفظ كافر كما في الأول ، فيصلح

قال (ولا يقتل بالمستأمن) لأنه غير محقون الدم على التأييد ، وكذلك كفره باعث على الحراب ،

بالكافر في قوله عليه الصلاة والسلام « لا يقتل مؤمن بكافر » هو الحرب بدليل سياقه وهو قوله « ولا ذو عهد في عهده » فإنه معطوف على مؤمن . فالمعنى : ولا يقتل ذو عهد بكافر . ولا شك أن ذا العهد وهو الذي إنما لا يقتل بالحرب دون الذي ، فإن جريان القصاص بين الذميين مجتمع عليه . فإن قيل : لم لا يجوز أن يكون المراد بذى العهد في الحديث هو المسلم دون الذي ؟ قلنا لأن العطف يقتضى المغايرة ، فلا جرم يكون المراد بذى العهد المعطوف على المؤمن غير المسلم ، وقد أشار إليه المصنف بقوله والعطف للمغايرة . فإن قيل : ولم لا يجوز أن يكون قوله ولا ذو عهد في عهده ابتداء كلام : أو لا يقتل ذو عهد في مدة عهده . قلنا : لأن الواو للعطف حقيقة خصوصا فيما لا يكون مستقلا بنفسه . والمراد بالأول نفي القتل قصاصا لأنني مطلق القتل ، فكذا في الثاني تحقيقا لمقتضى العطف من المناسبة بين الجملتين ، هذا جملة ما في الكافي وأكثر الشروح في هذا المقام أخذنا من المبسوط والأمرار . وقال صاحب العناية في شرح هذا محل : قوله والمراد بما روى جواب عما استدلوا به من حديث علي رضي الله عنه . وتقريره ما ذكره الطحاوي في شرح الآثار : إن الذي حكاه أبو جحيفة عن علي لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاحتمل ما قالوا ولكن كان موصولا بغيره وهو قوله « ولا ذو عهد في عهده » وإليه أشار المصنف بقوله لسياقه ولا ذو عهد في عهده . ووجه ذلك أنه عطف هذا على الأول والعطف للمغايرة فيكون كلاما تاما في نفسه ، وليس كذلك لأدائه إلا أن لا يقتل ذو عهد مدة عهده وإن قتل مسلما ، وليس بصحيح بالإجماع فيقدر ولا ذو عهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى - آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون - ثم الكافر الذي لا يقتل به ذو عهد هو الحرب بالإجماع فيقدر بكافر حربى ، وإذا لا بد من تقدير حربى فيقدر في المعطوف عليه كذلك . وإلا لكان ذلك أعم ، والأعم لادلالة له على الأخص بوجه من الوجوه ، فما فرضناه دليلا لا يكون دليلا هذا خلف . إلى هنا لفظ العناية . أقول : فيه خلل من وجوه : الأول أن الأعم إنما لا يدل على الأخص بوجه من الوجوه من حيث خصوصية الأخص : أى لا يدل الأعم على أن يكون المراد منه هو الأخص وحده ، وهذا معنى ما يقال في العلوم العقلية : لادلالة للعام على الخاص بإحدى الدلالات الثلاث . وأما من حيث اندراج الأخص تحت ذلك الأعم فيدل عليه قطعاً بواسطة دلالته على معناه العام الشامل لذلك الأخص وبغيره أيضا ، ألا يرى أنا إذا قلنا كل حيوان متحرك بالإرادة فلا شك أنه يدل على كون الإنسان متحركاً بالإرادة كسائر الحيوانات لا ندرجه تحت الحيوان ، وكذا حال سائر الكليات بالنظر إلى ما تحتها من الجزئيات . وهذا أمر لاسترة به ، فقيا نحن فيه لو لم يقدر حربى في المعطوف عليه وكان كافر أعم من الحربى والذي لدل على أن لا يقتل مؤمن بشيء من أفراد الكافر وحصل مطلوب الشافعى ، ولم يلزم أن لا يكون مافرضناه دليلا للشافعى دليلا له على مدعاه كما زعمه الشارح المزبور . والثاني أن عدم كون مافرضناه دليلا للشافعى دليلا له لا يقتضى تقدير شيء في الحديث ، إذ لا يتبع تعيين معنى الحديث جعل الشافعى ذلك الحديث دليلا على مدعاه ، بل جعله دليلا عليه إنما يصح بعد تعيين معناه ، فما معنى الاستدلال على عدم عموم الكافر في الحديث بلزوم أن لا يكون مافرضناه دليلا للشافعى دليلا له على تقدير عمومهما كما هو مقتضى تقرير الشارح المزبور . والثالث أن ماعده محذور وهو أن لا يكون مافرضناه دليلا للشافعى دليلا له لازم أيضا على تقدير أن يقدر حربى في المعطوف عليه بمقتضى رأيه ، لأن الحربى مبين للذى لا محالة ، وعدم دلالة أحد المتباينين على الآخر أظهر من عدم دلالة الأعم على الأخص ، فإن لزم من أن يكون كافر في الحديث أعم أن لا يكون مافرضناه دليلا للشافعى دليلا له فلا يلزم من أن يقيد كافر في الحديث بحربى أن لا يكون مافرضناه دليلا للشافعى

فالجواب من جهتين : أحدهما المسلم دخل دارهم بأمان فقتل كافرا حربيا فهو حرام لكن لا يقتص منه . والثاني أن يقتل من لا يحل قتله من أهل الحرب كالنساء والصبيان . وهذه المسئلة من معارك الآراء لا طائل تحت تطويلها فلنقتصر على ما ذكرنا . وقوله (ولا يقتل) يعنى المسلم (بالمستأمن لأنه غير محقون الدم على التأييد) كما تقدم في أول الباب (ولأن كفره باعث على الحراب

لأنه على قصد الرجوع (ولا يقتل النمي بالمستأمن) لما بينا (ويقتل المستأمن بالمستأمن) قياسا للمساواة ، ولاقتل استحسانا لقيام المبيع (ويقتل الرجل بالمرأة ، والكبير بالصغير ، والصحيح بالأعمى والزمن وبناقص الأطراف وبالحجون) للعمومات ، ولأن في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني . قال (ولا يقتل الرجل بابنه) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا يقاتل الوالد بولده » وهو بإطلاقه

دليلا له أولى ، فكيف يثبت تقدير حربي على رأيه وبالحملة قد . خرج الشارح المزبور في توجيه الحديث المذكور عن سنن الصواب بالكلية فضل عن سبيله . ثم إن صاحب الغاية اعترض على قول المصنف والعطف للمغايرة حيث قال : ولنا في هذا المقام نظر . لأننا نقول : نعم العطف للمغايرة ، ولكن لم يعطف قوله عليه الصلاة والسلام « ولا ذو عهد على » كافر لأنه لو عطف عليه لقليل بالجر بل هو عطف على مؤمن ، ولكن نقول : إن الذي يقتل بالذي بالاتفاق ، فعلم أن المراد من الكافر الحربي اه . أقول : نظره في غاية السقوط ، لأن قول المصنف والعطف للمغايرة ليس لبيان مغايرة ذو عهد في الحديث لكافر حتى يتجه ما توهمه من أن قوله عليه الصلاة والسلام « ولا ذو عهد » لم يعطف على كافر بل لبيان مغايرته لمؤمن دفعا لاحتمال أن يكون المراد بذو عهد في الحديث هو المؤمن أيضا ، إذ على هذا الاحتمال لا يظهر كون المراد بكافر هو الحربي ، إذ المؤمن لا يقتل بذى أيضا عند الشافعي فلا يسلم التقييد بحربي ، وأما إذا كان ذو عهد مغايرا لمؤمن فكان المراد به هو الذي يتعين أن يكون المراد بكافر هو الحربي ، وإلا يلزم أن لا يقتل الذي بالذي أيضا مع أن خلافه مجمع عليه . والعجب أن كون مقصود المصنف من قوله والعطف للمغايرة ما ذكرناه مع وضوحه في نفسه يرشد إليه جدا تقرير صاحب الكافي وبعض الشراح المتقدمين فكيف لم يطلع عليه ذلك الشارح (قوله ولا يقتل الذي بالمستأمن لما بينا) قال جماعة من الشراح : وهو قوله ولا ذو عهد في عهده ، وحام صاحب العناية على قوله لأنه ليس محقون الدم على التأييد ، ولم يقبل رأى هؤلاء الشراح حيث قال : ولا يقتل الذي بالمستأمن لما بينا أنه ليس محقون الدم على التأييد ، وقيل هو إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام « ولا ذو عهد في عهده » وليس بواضح لأن المعهود منه في مثله لما رويناه ، ولأننا قدرنا ذلك بكافر حربي ، إلا إذا أريد هناك بالحربي أعم من أن يكون مستأمنا أو محاربا وهو الحق ، وبغيتنا عن السؤال عن كيفية قتل المسلم بالحربي والجواب عنه نظر ، لأنه إذا أريد هناك بالحربي ما هو أعم من المستأمن والمحارب يرد السؤال عن كيفية قتل المسلم بالمحارب ، فإن قتل المحارب واجب فما معنى نفيه في الحديث ، فيحتاج إلى الجواب عنه بالوجهين اللذين ذكرهما من قبل ، وإنما يحصل الغنى عن السؤال والجواب إذا كان المراد بالحربي هناك هو المستأمن فقط كما هو الأحسن ، وجزم به صاحب البدائع حيث قال : وأما الحديث فالمراد من الكافر المستأمن لأنه قال « لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده » عطف قوله ولا ذو عهد في عهده على المسلم ، فكان معناه : لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد به ، ونحن به نقول اه (قوله ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه الصلاة والسلام « لا يقاتل الوالد بولده ») قال تاج الشريعة : خص به عموم الكتاب لأنه لحقه

لأنه على قصد الرجوع (إلى داره فكان بالحربي) ولا يقتل الذي بالمستأمن لما بينا (أنه ليس محقون الدم على التأييد . وقيل هو إشارة إلى قوله صلى الله عليه وسلم « ولا ذو عهد في عهده » وليس بواضح لأن المعهود منه في مثله لما رويناه ، ولأننا قدرنا ذلك بكافر حربي إلا إذا أريد هناك بالحربي أعم من أن يكون مستأمنا أو محاربا وهو الحق ، وبغيتنا عن السؤال عن كيفية قتل المسلم بالحربي والجواب عنه . وعبر بقوله لما بينا لأن التقدير المذكور ليس بمبرور وإنما هو تأويل فلم يقل لما رويناه . وقوله (للعمومات) يعني الآيات الدالة بعمومها على وجوب القصاص وقد ذكرناها . وقوله (ولأن في اعتبار التفاوت الخ) يصلح لجميع ما خالفنا فيه الشافعي رحمه الله . قال (ولا يقتل الرجل بابنه الخ) لا يقتل الإنسان بولده لقوله صلى الله عليه وسلم

(قوله لأن التقدير المذكور ليس بمبرور) أقول : يعني غير مذكور على قصد الرواية ، بل لتعيم الدليل .

حجة على مالك رحمه الله في قوله يقاد إذا ذبحه ذبحاً . ولأنه سبب لإحيائه . فمن المحال أن يستحق له إفتاؤه ولهذا لا يجوز له قتله وإن وجده في صف الأعداء مقاتلاً أو زانياً وهو محصن . والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه ، والجحد من قبل الرجال أو النساء وإن علا في هذا بمنزلة الأب . وكذا الوالدة والجدة من قبل الأب أو الأم قربت أو بعدت لما بينا ، ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط . قال (ولا يقتل الرجل بعبد ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد والده) لأنه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه . وكذا لا يقتل بعبد مالك بعضه لأن القصاص لا يتجزأ .

الخصوص . فإن المولى لا يقتص بعبد ولا بعبد ولده . وذكر الإمام البردوي أن هذا حديث مشهور تلقته الأمة بالقبول فصلح مخصصاً أو ناسخاً حكم الكتاب اه . أقول : الحق ما ذكره الإمام البردوي لما قاله تاج الشريعة من عند نفسه ، لأن حاصل ما قاله أن الكتاب في حكم القصاص صار مما خص منه البعض بعدم اقتصاص المولى بعبد ولا بعبد والده فصار ظنياً فجاز تخصيص قتل الوالد ولده من عموم الكتاب الدال على وجوب القصاص في القتل بالسنة ولو كانت من أخبار الآحاد ولكنه غير تام ، إذ قد تقرر في الأصول أن العام الذي خص منه البعض إنما يصير ظنياً إذا كان تخصيصه بكلام مستقل موصول به ، وأما إذا كان البعض من العام مخرجاً بدليل مفصول عنه فيكون عمومُه منسوخاً لا مخصوصاً ويصير قطعياً في الباقي . ولا شك أن ما يخرج قتل المولى عبده أو عيده ولده عن آية القصاص ليس كلاماً موصولاً بها فلا ينافي قطعياً . فلا يجوز إخراج قتل الوالد ولده عنها بخبر واحد ، بل لا أقل من أن يكون المخرج حديثاً مشهوراً كما عرف في أصول الفقه فلا بد من المصير هنا إلى ما ذكره الإمام البردوي (قوله والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه) قال الشراح : هذا جواب عما يقال الوارث يستحق إفتاءه لا الولد ولا محذور فيه . وقال صاحب العناية بعد ذلك : ولو قال فن المحال أن يتسبب لفنائه لاستغنى عن هذا السؤال والجواب اه أقول : فيه بحث ، إذ لا يرى جهة سببية المقتول لفناء القاتل سوى استحقاقه القصاص ، فلو قال : فن المحال أن يتسبب لفنائه ، فأما إن أراد بتسببه لفنائه استحقاقه القصاص فيرد عليه السؤال المزبور ويحتاج إلى الجواب المذكور ، وأما إن أراد بها شيئاً سوى استحقاقه القصاص وهو غير معلوم فكيف يتم بناء الدليل عليه تدبر تفهم (قوله والجحد من قبل الرجال والنساء وإن علا في هذا بمنزلة الأب . وكذا الوالدة والجدة من قبل الأب أو الأم قربت أو بعدت لما بينا) أقول : من العجائب هنا أن الإمام

« لا يقاد الوالد بولده » وهو معلول بكونه سبباً لإحيائه وهو وصف معلل ظهر أثره في جنس الحكم المعلل به ، فإنه لا يجوز أن يقتل والده وإن وجده في صف الأعداء مقاتلاً أو وجده زانياً وهو محصن فيجوز أن يتعدى به الحكم من الوالد إلى الجحد مطلقاً وإلى الأم والجدة كذلك فلنهم أسباب لإحيائه فلا يجوز أن يكون سبباً لإفنائهم . قوله (والقصاص يستحقه المقتول) جواب عما يقال الوارث يستحق إفتاءه لا الولد ولا محذور فيه ، ولو قال فن المحال أن يتسبب لفنائه لاستغنى عن هذا السؤال والجواب . وقال مالك رحمه الله : إن ذبحه يقاد به لانتفاء شبهة الخطأ من كل وجه ، بخلاف ما إذا رماه بسيف أو سكين فإن فيه توهم التأديب ، لأن شفقة الأبوة تمنعه عن ذلك فيتمكن فيه نوع شبهة ، قال المصنف رحمه الله : وهو بإطلاقه حجة على مالك رحمه الله . وطول بالفرق بين هذا وبين من زنى بابنته وهو محصن فإنه يرجم . أجيب بأن الرجم حق الله تعالى على الخلوص ، بخلاف القصاص . لا يقال : فيجب أن يحد إذا زنى بجارية ابنه ، لأن حق الملك بقوله صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » صار شبهة في الدرء . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأنه سبب لإحيائه . وقوله (ولا ولده) بالرفع معطوف على الضمير المستكن

(قال المصنف : والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه) أقول : القصاص طريقه الخلافة عند أبي حنيفة دون الوراثة كما سيجيء في باب الشهادة في القتل فلا يلائمه كلام المصنف . وجوابه أن فيه شبهة الوراثة وشبهة الخلافة ، فتارة يعين الأولى وتارة يعين الثانية احتيالا في درء القصاص فليتأمل ، فإن هذا كلام إجمالي كتبه تذكراً (قوله ولو قال فن المحال أن يتسبب لفنائه) أقول : وأنت غير بأن عبارة المصنف تؤدي هذا المعنى ، إذ معناها فن المحال أن يستحق لأجله إفتاؤه ، ولا يدل على كون المستحق المقتول (قوله لأن شفقة الأبوة تمنعه عن ذلك) أقول : أى تمنعه عن التعمد (قوله ويلحق به ما كان سلاجاً) أقول : يأتي عن الإلحاق قول المصنف والمراد به

قال (ومن ورث قصاصا على أبيه سقط) لحرمة الأبوة . قال (ولا يستوفى القصاص إلا بالسيف) وقال الشافعي : يفعل به مثل ما فعل إن كان فعلا مشروعا ، فإن مات وإلا تحزّ رقبته لأن مبنى القصاص على المساواة . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لا قود إلا بالسيف » والمراد به السلاح ، ولأن فيما ذهب إليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيحز فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم . قال (وإذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث إلا المولى وترك وفاء فله القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : لا أرى في هذا قصاصا) لأنه اشتبه سبب الاستيفاء فإنه الولاء إن مات حرا والمالك إن مات عبدا وصار كمن قال لغيره بعني هذه الجارية بكذا ، وقال المولى زوجته منك لا يحل له وطؤها لاختلاف السبب كذا هذا . ولهما أن حق الاستيفاء للمولى يققن على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد . واختلاف السبب لا يفضي إلى المنازعة ولا إلى اختلاف حكم فلا يبالى به . بخلاف تلك المسألة لأن حكم ملك الميمن يغاير حكم النكاح .

الزاهدي قال في شرح مختصر القدوري : قلت : ذكر الجدة في الهداية من قبل الأم ولم يطلقها وذكر فيها الأجداد من قبل الرجال والنساء والأم ولم يذكر الجدة من قبل الأب أصلا فوقع في شبهة في الجدة من قبل الأب وقد زالت بحمد الله تعالى بما ذكر في كفاية البيهقي . قال : ولا يقتل أصول المقتول به وإن علوا خلافا لمالك فيما إذا ذبحه ذبحا اه . وأنت ترى أن الجدة من قبل الأب مذكورة في الهداية هنا صراحة فكيف خفيت عليه حتى وقعت له شبهة في أمرها (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لا قود إلا بالسيف » والمراد به السلاح) قال صاحب العناية في حل هذا المحل : ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « لا قود إلا بالسيف » وهو نص على نفي استيفاء القود بغيره ويلحق به ما كان سلاحا . أقول : فيه خلل ، لأنه إذا كان نصا على نفي استيفاء

في يستوجب ، وجاز ذلك بلا تأكيد بمنفصل لوقوع الفصل : يعني ولا يستوجب ولده على أبيه إذا قتل الأب عبد ولده . وقوله (ومن ورث قصاصا على أبيه) مثل أن يقتل الرجل أم ابنه مثلا . وقوله (ولا يستوفى القصاص إلا بالسيف) يعني إذا وجد القتل الموجب للقود لا يستوفى إلا بالسيف . وقال الشافعي رحمه الله : ينظر إن كان قتل بفعل مشروع مثل أن قطع يد رجل فمات منه فعل به مثل ذلك ويمهل مثل تلك المدة فإن مات وإلا تحزّ رقبته ، وإن كان بغير مشروع كأن سقاه الخمر حتى قتله أو لاط بصغير فقتله يقتل بالسيف ، لأن مبنى القصاص المساواة وذلك فيما ذكرنا لأن فيه مساواة في أصل الوصف والفعل المقصود به (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « لا قود إلا بالسيف » وهو نص على نفي استيفاء القود بغيره ويباحق به ما كان سلاحا) فإن قيل : يحتمل أن يكون المراد لا قود يجب إلا بالسيف . أجيب بأن القود اسم لفعل هو جزاء الفعل كالقصاص دون ما يجب شرعا والحمل عليه مجاز باعتبار ما يثول إليه ، وهذا مختار صاحب الأسرار . وفخر الإسلام رحمه الله قدره بلا قود يجب إلا بالسيف واستدل به لأبي حنيفة رحمه الله في نفي القصاص عن القتل بالمثل وقد قررناه في التقرير . وقوله (ولأن فيما ذهب إليه) دليل معقول يتضمن الجواب عن قوله لأن مبنى القصاص على المساواة . ووجهه لا نسلم وجود المساواة فيما ذهب إليه لأن فيه الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل ، لأن فيه الحزّ بعد فعل مثل ما فعل به . وأنه غير جائز لأدائه إلى انتفاء القصاص فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم ، فإن من كسر عظم إنسان سوى السن عمدا فإنه لا يقتص منه . وإذا جاز ترك القصاص كله عند توهم الزيادة فلا يجوز ترك البعض أولى . قال (وإذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث إلا المولى الخ) إذا قتل المكاتب عمدا فلا

السلاح نوع إياه (قوله فإن قيل : يحتمل أن يكون المراد لا قود يجب إلا بالسيف) أقول : لا يمكن أن يورد هذا من طرف الشافعي ، لأن القتل بالمثل يوجب القود عنده (قوله أجيب بأن القود اسم لفعل هو جزاء الفعل كالقصاص دون ما يجب شرعا والحمل عليه مجاز باعتبار ما يثول إليه) أقول : كان مراده أن خبر لا إذا كان من الأفعال الخاصة يجب ذكره ، فقوله يجب ليس خبرا لـ لا ، بل هو معتبر في مفهوم القود ، فإنه بصد أن يجب إذا كان رجدا في مقابلة القتل بالسيف والخبر هو موجود ، وفيه بحث . فإن المراد به الوجود الشرعي ،

(ولوترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وإن اجتمعوا مع المولى) لأنه اشتبه من له الحق لأنه المولى إن مات عبداً والوارث إن مات حراً إذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضى الله عنهم في موته على نعت الحرية أو الرق . بخلاف الأولى لأن المولى متعين فيها) .

القود بغير السيف فكيف يلحق به دلالة ما كان سلاحاً من غير السيف . وهو يتصور أن يدل كلام واحد على نفي شيء وإثباته معاً . والحق أن يكون المراد بالسيف في الحديث المزبور والسلاح مطلقاً بطريق الكناية كما أشار إليه المصنف بقوله والمراد به السلاح وصرح به صاحب الكافي والكفاية حيث قال : ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لا قود إلا بالسيف » أى لا قود يستوفى إلا بالسيف ، والمراد بالسيف السلاح . هكذا فهمت الصحابة رضى الله عنهم . وقال أصحاب ابن مسعود : لا قود إلا بسلاح ، وإنما كنى بالسيف عن السلاح اهـ . وقال في النهاية : فإن قيل : يحتمل أن يكون المراد من الحديث لا قود يجب إلا بالسيف لا أن يكون معناه لا قود يستوفى إلا بالسيف . قلنا : القود اسم لفعل هو جزاء القتل دون ما يجب شرعاً ، وإن حمل عليه كان مجازاً ، ولأن القود قد يجب بغير السيف كالقتل بالنار والإبرة فلم يمكن حمله عليه لوجود وجوب القود بدون القتل بالسيف ، وإنما السيف مخصوص بالاستيفاء اهـ . وذكر هذا السؤال في العناية أيضاً ، ولكن قصر الجواب عنه فيها على الوجه الأول من الوجهين المذكورين في النهاية . أقول : في ذلك الوجه من الجواب . نظر . لأنه إنما يتم أن لو كان مدار السؤال على احتمال أن يراد بلفظ القود المذكور في الحديث ما يجب شرعاً . وأما إذا كان مداره على احتمال أن يقدر في الحديث لفظ يجب بعد قوله لا قود كما هو الظاهر من عبارة السؤال فلا يتم ذلك . إذ لا مجال حينئذ في لفظ القود . فإن قلت : المصير إلى التقدير ليس بأسهل من المصير إلى التجوز فيحصل المطلوب وهو لزوم العدول إلى خلاف الظاهر من عبارة الحديث على الاحتمال الآخر . قلت : لا محيص عن تقدير شيء على المعنى الذى حملوه عليه أيضاً . فإن معنى الحديث على ذلك لا قود يستوفى إلا بالسيف كما صرحوا به فلا بد من تقدير معنى الاستيفاء ، ومثل ذلك بمعونة المقام ليس بعزيز في كلام البلغاء فلا يتم التقريب (قوله ولوترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص) أقول : أطلق الوارث هنا ولم يقيده بالحرّ وقيدته في الصورة الآتية بذلك حيث قال : وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار ، وكان الأولى أن يعكس الأمر ، فإنه إذا كان الوارث هنا رقيقاً فالظاهر أنه يجب القصاص للمولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما في الصورة السابقة لكون حق الاستيفاء حينئذ للمولى خاصة ، إذ لا ولاية للأرقاء على استيفاء القصاص قط فلم يشبه من له الحق هناك فإنه المولى على كل حال ، إن مات عبداً فبالمالك وإن مات حراً فبالولاء . وأما إذا كانت الورثة أرقاء في الصورة الآتية فيجب القصاص للمولى وحده في قولهم جميعاً كما إذا كانت الورثة أحراراً لأنه مات عبداً

يخلو إما أن ترك وفاء أو لم يترك ، فإن كان الأول فلا يخلو إما أن يكون له وارث غير المولى أو لا . فإن كان الثاني فلمولى القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : لا أرى في هذا قصاصاً . واستدل بما ذكر في الكتاب وكأنه حام حول الدرء بالشبهات . ولهما أن حق الاستيفاء للمولى يتيقن الخ ، وهو في الحقيقة نفي اعتبار مثل هذه الشبهة لا لمعطائها من درجة الاعتبار ، لأن السببين إذا رجعا إلى شخص وإلى شخصين يختلفان ، وأما إذا رجعا إلى شخصين كما لو كان له وارث غير المولى واختلف حكمهما كالمسئلة المستشهد بها فيمكن أن تكون معتبرة ، فإن كان الأول فلا قصاص وإن اجتمعوا لوجود الاشتباه على ما ذكر ، لأن الصحابة رضى الله عنهم اختلفوا في موته على نعت الحرية أو الرق ، فإنه على قول على وابن مسعود رضى الله عنهما يموت حراً إذا أدبت كتابته فيكون الاستيفاء لورثته ، وعلى قول زيد ابن ثابت رضى الله عنه يموت عبداً فيكون استيفاء القصاص للمولى (بخلاف الأولى فإن المولى متعين فيها) وإن كان الثاني وهو ما إذا مات ولم يترك وفاء فواضح كما ذكر ، ولم يذكر ما إذا مات ولم يترك وفاء ولا وارث له أو له ورثة أرقاء لعدم الفائدة

ولا يلزم اعتبار الزوج في القود كما في المعنى الآخر فتدبر . ثم اعلم أن ضمير عليه في قوله والحمل عليه راجع إلى « ما » في قوله دون ما يجب شرعاً .

وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا) لأنه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة ، بخلاف معتق البعض إذا مات ولم يترك وفاء ، لأن العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز (وإذا قتل عبد الرهن في يد المرتن لم يجب القصاص حتى يجتمع الرهن والمرتن) لأن المرتن لا ملك له فلا يليه ، والرهن لو تولاه لبطل حق

في تلك الصورة بلا ريب . والتقييد بالأحرار يشعر بكون الحكم في الأرقاء خلاف ذلك : بناء على أن مفهوم المخالفة معتبر عندنا أيضا في الروايات كما صرحوا به . فالأحسن ما ذكره صاحب الكافي حيث قال في هذه الصورة : ولو ترك وفاء وله وارث حر غير المولى فلا قصاص . وقال في الصورة الآتية : فإن لم يترك وفاء له ورثة أحرار أو لا وجب القصاص للمولى عندهم . فإن قلت : الرقيق لا يكون وارثا لأن الرق أحد الأمور الأربعة التي تمنع عن الإرث كما تقرر في علم الفرائض فلا احتياج إلى تقييد الوارث بالحر بل لا وجه له لإشعاره بكون الرقيق أيضا وارثا . قلت : المراد بالوارث هنا من كان من شأنه أن يرث ، والرقيق كذلك لأنه يرث عند زوال الرق عنه لا من يرث بالفعل فيتحمل التقييد بالحرية وإلا يلزم أن لا يتم تقييد الورثة بالأحرار في الصورة الآتية أيضا مع أنها قيدت بها في الكتاب بل في أصل الجامع الصغير للإمام الرباني (قوله وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا) قال صاحب العناية : ولم يذكر ما إذا مات ولم يترك وفاء ، ولا وارث له أو له ورثة أرقاء لعدم الفائدة في ذكره ، لأن حكمه حكم المذكور في الكتاب اه . أقول : هذا كلام خال عن التحصيل ، لأن كون حكمه حكم المذكور لا يقتضي عدم الفائدة في ذكره بل يكون بيان كون حكمه حكم المذكور عين الفائدة في ذكره ؛ ألا ترى أن أكثر المسائل المذكورة في أبواب هذا الكتاب وفصوله متحدة الأحكام مع أنه لا مجال لأن يستغنى بذكر بعضها عن ذكر الآخر ، على أن تخصيص من له ورثة أحرار بالذكر يشعر بكون الحكم في غير المذكور خلاف حكم المذكور على قاعدة كون المفهوم معتبرا في الروايات كما ذكرنا من قبل فلا بد من بيان شيء يفيد كون الحكم في المتروك حكم المذكور . فالوجه في الاعتذار عن ترك ذلك أن يقال : إن حكم المتروك هاهنا معلوم من حكم المذكور بالأولوية على طريقة دلالة النص ، فإنه إذا وجب القصاص للمولى وحده في قولهم جميعا فيها إذا كان له ورثة أحرار فلا يجب القصاص للمولى وحده فيها إذا لم يكن له وارث أصلا أو كان له ورثة أرقاء أولى كما لا يخفى (قوله بخلاف معتق البعض إذا مات ولم يترك وفاء ، لأن العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز) قال في غاية البيان : قال القدوري في شرحه مختصر الكرخي : وليس هذا كالعبد المعتق بعضه إذا مات عاجزا ، لأنه ذكر في المنتقى عن أبي حنيفة أن لا قصاص لأن عجز المكاتب ينفسخ به الكتابة فكأنها لم تكن ، وموت المعتق لم ينفسخ به عتقه فالمولى يستحق القصاص في بعضه بالولاء وفي بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين اه . أقول : فيه نظر ، قد مر من قبل أن أصل أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هو أن اختلاف السبب الذي لا يفضي إلى المنازعة ولا إلى اختلاف الحكم لا يبالى به ، ولهذا كان للمولى القصاص عندهما فيما إذا قتل المكاتب عبدا وليس له وارث سوى المولى وترك وفاء فكيف يتم تعليل عدم وجوب القصاص عند أبي حنيفة في مسألة معتق البعض إذا مات عاجزا بأن المولى يستحق القصاص في بعضه بالولاء وفي بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين ، إذ لا إفضاء إلى المنازعة على مقتضى هذا التعليل ولا إلى اختلاف الحكم فن أين لا يثبت له الاستحقاق عنده بمجرد اختلاف السبب ؟ ثم أقول : لعل مراد المصنف بقوله بخلاف معتق

في ذكره ، لأن حكمه حكم المذكور في الكتاب . وقوله (بخلاف معتق البعض إذا مات ولم يترك وفاء) يعني لا يجب القصاص

(قال المصنف : وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا) أقول : قال في الكفاية : وذكر شيخ الإسلام يريد به لم يترك وفاء ولم يكن في قيمته وفاء بالمكاتب أيضا ، فأما إذا كان في قيمته وفاء بالمكاتب لا قصاص فيه . ويجب قيمته على القاتل في ماله ، لأن موجب العمد وإن كان هو القصاص إلا أنه يجوز الدلول إلى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص ، كما إذا كانت يد القاطع شلاء كان للمقطوع يده الدلول إلى المال بغير رضا القاطع مراعاة لحق صاحب القصاص لما لم يجد مثل حقه بكاله ، فكذا هنا جاز الدلول إلى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص ، لأن وجوب القيمة أنفع له ، لأنه يحكم بحريته وحرية أولاده إذا أدى بدل الكتابة من قيمته اه . والمراد إذا كان في الفات مالية حتى لا يخالف مذهبا على ما سبق

المرتبة في الدين فيشترط اجتماعهما ليستقط حق المرتبة برضاه . قال (وإذا قتل وليّ المعتوه فلائيه أن يقتل) لأنه من الولاية على النفس شرع لأمر راجع إليها وهو تشفى الصدر فيليه كالإتكاح .

البعض إذا مات ولم يترك وفاء ما إذا كان له وارث غير المولى ، يرشد إليه ذكر مخالفة هذه المسئلة في حيز قوله وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار الخ فحينئذ يصح تنميم ما أجمله المصنف في تعليقه بقوله لأن العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز بأن يقال : فالمولى يستحق القصاص في البعض المملوك بالملك والوارث يستحقه في البعض المعتق بالإرث فيكون السببان راجعين إلى الشخصين فيبالي باختلافهما للإفضاء إلى المنازعة تأمل تقف (قوله وإذا قتل وليّ المعتوه فلائيه أن يقتل) يعنى إذا قتل قريب المعتوه فلائيه المعتوه أن يقتل : أى له ولاية استيفاء القصاص من القاتل . قال صاحب العناية في شرح هذه المسئلة : وإذا قتل وليّ المعتوه يعنى ابنه فلائيه وهو جلد المقتول الاستيفاء . أقول : هذا تقصير في بيان المسئلة : فإن من كان القصاص له حق المعتوه دون أبيه غير منحصر في ابن المعتوه بل يعم ابنه وغيره كأخيه وأخته لأم من غير أبيه وكأمه المطلقة من أبيه وغير ذلك . وعبرة الكتاب تتجمل التعميم ، فإن وليّ المعتوه يعنى قريبه يعم الكل فاما معنى تخصيص المسئلة مع عموم جوابها . وصاحب النهاية أصاب في تفسير وليّ المعتوه ، ولكن أفسد بعده حيث قال : وإذا قتل وليّ المعتوه أى قريبه وهو ابنه : يعنى إذا كان للمعتوه ابن فقتل ابنه فلائيه المعتوه وهو جلد المقتول ولاية استيفاء القصاص اه . واقتنى أثره جماعة من الشراح ، والحق ما قدمناه من التعميم : وغاية ما يمكن في توجيه كلامهم أن يحمل ماذكروه على التمثيل دون التخصيص (قوله لأنه من الولاية على النفس شرع لأمر راجع إليها وهو تشفى الصدر فيليه كالإتكاح) قال صاحب الغاية : قال بعض الشارحين في هذا الموضع : كل من ملك الإتكاح لا يملك استيفاء القصاص ، فإن الأخ يملك الإتكاح ولا يملك استيفاء القصاص . فأقول : ليس هذا بشيء ، لأن الأخ يملك استيفاء القصاص إذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالأب والابن ، وكذلك يملك الإتكاح إذا لم يكن ثمة وليّ أقرب منه ، فإذا كان ثمة أقرب منه فلا يملك الإتكاح أيضا لأن من يستحق الدم هو الذى يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكر والأنثى في ذلك سواء حتى الزوج والزوجة ، وبه صرح الكرخي في مختصره . إلى هنا لفظ الغاية . أقول : ما نسبه إلى بعض الشارحين قول كل الشارحين سواء ، ورد عليه مردود ، فإنه ناشئ من عدم فهم معنى المقام ومراد الشراح ، لأن معنى المقام أنه إذا قتل أحد من كان القصاص له حق المعتوه دون حق غيره كان لأبي المعتوه ولاية استيفاء القصاص من القاتل نيابة عن المعتوه كما له ولاية إتكاح المعتوه والصبي ، ومراد الشراح التنبيه على أن ليس كل من يملك إتكاح الغير يملك استيفاء القصاص من قبل الغير ، فإن الأخ مثلاً يملك إتكاح المعتوه والصبي ولا يملك استيفاء القصاص من قبلهما ، بخلاف الأب فإنه يملكهما معا . وبينوا وجه الفرق بأن القصاص شرع للتشفي وللأب شفقة كاملة بعد ضرر الولد ضرر نفسه فجعل ما يحصل له من التشفي كالحاصل للابن ، بخلاف الأخ ، فقول صاحب الغاية لأن الأخ يملك استيفاء القصاص إذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالأب والابن إن أراد به أنه يملك ذلك باستحقاقه إياه بنفسه كما هو الظاهر من تعليقه بقوله لأن من يستحق الدم هو الذى يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى فهو مسلم ، ولكن لأمساس له بالمقام ولا بما قاله الشراح ، فإن الكلام هاهنا في ولاية استيفاء القصاص نيابة بدون أن يستحق القصاص بنفسه أصالة ، وهو معنى المسئلة التى نحن فيها كما يفصح عنه جدا عبارة المحيط البرهاني فإنه قال فيه : وإذا وجب القصاص لصغير أو معتوه في النفس أو فيما دون النفس وله أب ولا حق للأب في هذا القصاص فإن الأب يملك استيفاءه عند علمائنا خلافا للشافعي اه . وإن أراد بذلك أن الأخ يملك ذلك نيابة عن الغير أيضا وإن لم يستحقه بنفسه أصالة فهو ممنوع جدا ، ولم أر في شيء من كتب الفقه أن أحدا ذهب إليه وقال به . والدليل الذى ذكره في الفرق بين الأب

لأن ملك المولى لا يعود بموته ولا ينفسخ بالعجز ما عتق منه . وقوله (وإذا قتل وليّ المعتوه) يعنى ابنه (فلائيه) وهو جلد المقتول الاستيفاء (لأنه من) باب (الولاية على النفس شرع لأمر راجع إليها) أى إلى النفس (وهو تشفى الصدر فيليه كالإتكاح)

(وله أن يصلح) لأنه أنظر في حق المعتوه ، وليس له أن يعفو لأن فيه إبطال حقه (وكذلك إن قطعت يد المعتوه عمدا) لما ذكرنا (والوصي بمنزلة الأب في جميع ذلك إلا أنه لا يقتل) لأنه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله . ويندرج تحت هذا الإطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فإنه لم يستثن إلا القتل . وفي كتاب الصلح أن الوصي لا يملك الصلح لأنه تصرف في النفس بالاغتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء . ووجه المذكور هاهنا

وغيره هنا يقتضي خلاف ذلك قطعا (قوله وله أن يصلح لأنه أنظر في حق المعتوه) قال جمهور الشراح : هذا فيما إذا صلح على قدر الدية . أما إذا صلح على أقل من الدية لم يجوز الخط وإن قل ويجب كمال الدية اهـ . وكذا ذكره الإمام الزيلعي في شرح الكنز . وقال صاحب الغاية : قال بعضهم في شرحه : هذا إذا صلح على مثل الدية ، أما إذا صلح على أقل من الدية لم يجوز الخط وإن قل ويجب كمال الدية . ولنا فيه نظر ، لأن لفظ محمد في الجامع الصغير مطلق حيث جوز صلح أبي المعتوه عن دم قريبه مطلقا لأنه قال : وله أن يصلح من غير قيد بقدر الدية فينبغي أن يجوز الصلح على أقل من قدر الدية عملا بإطلاقه ، وإنما جاز صلحه على المال لأنه أنفع للمعتوه من القصاص ، فإذا جاز استيفاء القصاص فالصلح أولى والنفع يحصل في القليل والكثير ؛ ألا يرى أن الكرخي قال في مختصره : وإذا وجب لرجل على رجل قصاص في نفس أو فيما دونها فصالح صاحب الحق من ذلك على مال فذلك جائز قليلا كان المال أو كثيرا كان ذلك دون دية النفس أو أرض الجراحة أو أكثر ، إلى هنا لفظه . أقول : نظره ساقط ، فإن لأصحاب التخريج من المشايخ صرف إطلاق كلام المجتهد إلى التقيد إذا اقتضاه الفقه كما صرحوا به ، وله نظائر كثيرة في مسائل الفقه ، فيجوز أن يكون الأمر هاهنا كذلك ، والظاهر أن الشراح أخذوا التقيد هنا من كلام مشايخنا المتقدمين من أصحاب التخريج ، ولا يبعد أن يصل بعض من أنفس الشراح أيضا إلى تلك الرتبة ، فلا بقدر فيما قالوا إطلاق ظاهر لفظ محمد رحمه الله في هذه المسئلة . ثم إن قوله وإنما جاز صلحه على المال لأنه أنفع للمعتوه من القصاص مسلم . وقوله والنفع يحصل في القليل والكثير ممنوع ، فإن في القصاص تشني الصدر وما دون الدية في مقابلة تشني الصدر لا يعد نفعا عرفا ، وولاية الأب للمعتوه نظرية فلا بد أن يكون تصرفه في حق المعتوه من قبيل ما يعد نفعا عرفا وعادة . وأما تنويره بما ذكره الكرخي في مختصره فليس بصحيح جدا ، فإن الذي نقله عن مختصر الكرخي ما إذا كان المصالح صاحب حق القصاص بنفسه وصالح صاحب الحق عن حقه على كثير من المال وقليله جائز بلا ريب إذ له إسقاط حقه بالكلية بلا أخذ عوض عنه أصلا فتركه بمقابلة مال وإن قل أولى بخلاف ما نحن فيه فإن المصالح هنا ولي صاحب حق القصاص وهو أبوه لأنفس صاحب الحق وهو المعتوه فلا بد في تصرفه من

ولا يتوهم أن كل من ملك الإنكاح ملك استيفاء القصاص كالأخ فإنه يملك الإنكاح دون القصاص لأنه شرع للتشني وللأب شفقة كاملة يعد ضرر الولد ضرر نفسه فجعل ما يحصل له من التشني كالحاصل للابن بخلاف الأخ (وله) أي لولي المعتوه (أن يصلح) لكن على قدر الدية ، فإن نقص يجب كمال الدية لأنه أنظر في حق المعتوه . وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأنه من الولاية على النفس . وقوله لأنه ليس له ولاية على نفسه أي نفس المعتوه (وهذا) أي الاستيفاء (من قبيله ويندرج تحت هذا الإطلاق) يريد قوله والوصي بمنزلة الأب في جميع ذلك . وقوله (إن الوصي لا يملك الصلح) يعني عن النفس ، وأما

(قوله ولا يتوهم أن كل من ملك الإنكاح ملك استيفاء القصاص كالأخ فإنه يملك الإنكاح دون القصاص) أقول : قال الإيتاني : قال بعض الشارحين في هذا الموضع : كل من ملك الإنكاح لا يملك استيفاء القصاص ، فإن الأخ يملك الإنكاح ولا يملك استيفاء القصاص . فأقول : هذا ليس بشيء ، لأن الأخ يملك استيفاء القصاص إذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالأب والابن ، وكذا يملك الإنكاح إذا لم يكن ثمة ولي أقرب منه ، فإذا كان ثمة أقرب منه فلا يملك الإنكاح أيضا ، لأن من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكر والأنثى في ذلك سواء حتى الزوج والزوجة ، وبه صرح الكرخي في مختصره اهـ . وفيه بحث ، لأن ما ذكره فيما إذا قتل الأخ ، وكلام الشارحين فيما إذا كان الأخ المعتوه والأب حي (قوله لأنه شرع للتشني) أقول : هذا تعليل لقوله ولا يتوهم أن كل من ملك الإنكاح ملك استيفاء القصاص الخ .

أن المقصود من الصلح المال وأنه يجب بعقده كما يجب بعقد الأب بخلاف القصاص لأن المقصود التشفي وهو مختص بالأب ولا يملك العفو لأن الأب لا يملكه لما فيه من الإبطال فهو أولى . وقالوا القياس ألا لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس لأن المقصود متحد وهو التشفي . وفي الاستحسان يملكه لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فإنها خلقت وقايةً للنفس كالمال على ما عرفت فكان استيفاءه بمنزلة التصرف في المال . والوصي بمنزلة المعتوه في هذا . والقاضي بمنزلة الأب في الصحيح : ألا ترى أن من قتل ولا ولي له يستوفيه الساطان والقاضي بمنزلة فيه . قال (ومن قتل وله أولياء صغار وكبار فلكبار أن يقتلوا القاتل عند أبي حنيفة . وقالوا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار) لأن القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء

النظر لمن له الحق لكون ولايته نظرية وبالحملة مدار كلامه هذا أيضا عدم الفرق بين التصرف لنفسه أصالة وبين التصرف لغيره نيابة . ثم أقول : بقي شيء في أصل الدليل الذي ذكره المصنف بقوله لأنه أنظر في حق المعتوه من القصاص وهو أن الصلح على مال إذا كان أنظر في حق المعتوه من القصاص كان ينبغي أن لا يملك الأب استيفاء القصاص من قبل المعتوه عند إمكان المصالحة على المال ، لأن ولاية الأب على المعتوه لما كانت نظرية كان عليه أن يراعي ما هو لأنظر له : ويمكن أن يجاب عنه بأن كون الولاية نظرية لا يستدعي وجوب العمل بما هو الأنظر : لأن في خلافه أيضا حصول أصل النظر : بل إنما يقتضي أولوية العمل بذلك ، ولم ينف أحد أولوية المصالحة على المال فيما نحن فيه ، على أن كون المصالحة أنظر في حق المعتوه من القصاص من كل الوجوه ممنوع ، ودلالة عبارة الكتاب عليه أيضا ممنوعة : فيجوز أن تكون المصالحة أنظر في حقه من وجه وهو حصول منفعة المال له ، ويكون القصاص أنظر له من وجه آخر وهو دفع سبب الهلاك عن نفسه ، فلهم صرحوا بأن المقصود بالقصاص تشفي الصدر أو دفع سبب الهلاك عن نفس ولي المقتول كما أشير إليه بقوله تعالى - ولكم في القصاص حياة - فحينئذ لا يلزم أولوية العمل بالمصالحة رأسا فضلا عن وجوبه (قوله ومن قتل وله أولياء صغار وكبار) قال صاحبنا النهاية والكفاية في شرح هذا المحل بأن كان للمقتول أخوان أحدهما صغير والآخر كبير . أقول : هذا الشرح لا يطابق عبارة المشروح لأن لفظ الأولياء في المشروح صيغة الجمع ، وكذا لفظ الصغار والكبار فكيف يتصور تصوير معنى المشروح بأن كان للمقتول أخوان أحدهما صغيرا والآخر كبيرا ولا يساعده لفظ الأولياء فضلا عن لفظي الصغار والكبار . والظاهر في التصوير أن يقال بأن كان للمقتول إخوة بعضهم صغار وبعضهم كبار ، وغاية ما يمكن في توجيه كلام ذينك الشارحين أن يقال : ليس مقصودهما

عما دونها فيملكه . وقوله (وأنه) أي المال يجب بعقده أي بعقد الوصي . قال (ومن قتل وله أولياء صغار وكبار الخ) إذا كان أولياء القتل صغارا وكبارا فلما أن يكون فيهم الأب أولا ، فإن كان فلهم الاستيفاء عند علمائنا رحمهم الله بالاتفاق وإن لم يكن فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار ووجههما ظاهر على ما ذكر . ووجه أبي حنيفة رحمه الله مبنى على ثبوت التفرقة بين الصغار والغيب من حيث احتمال العفو في الحال وعدمه ، فإنه في الغائب موهوم بالاستيفاء يقع مع الشبهة وهو لا يجوز ، وفي الصغير مأبوس حال الاستيفاء فانثى الشبهة ، وإذا انتفى الشبهة وهو حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة يثبت لكل واحد كمال الولاية في الإنكاح . واعتراض بأنه لو كان كذلك لما سقط القصاص بعفو أحدهما ، كما لو تعدد القتل وعفا أحد الأولياء فإن لغيره ولاية استيفاء قصاص قتيله لاجالة . وأجيب بأن الحق واحد ، فلو لم يسقط كان ثابتا ساقطا وهو محال فيسقط القصاص وينقلب مالا نظرا للجانبين ، بخلاف ما إذا تعدد القتل فإن الحق ثمة متعدد فلا يلزم من

(قوله فلما أن يكون فيهم الأب) أقول : أي أب المقتول أو أب الصغير (قوله لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة) أقول : كيف يكون سببه القرابة وهو يثبت للزوج والزوجة (قوله واعتراض بأنه لو كان كذلك) أقول : أي لو ثبت لكل واحد كلا (قوله وأجيب بأن الحق واحد فلو لم يسقط كان ثابتا ساقطا وهو محال) أقول : إن أراد كان ثابتا في حق غير العاني ساقطا في حقه فاستحالته ممنوعة ، وإن أراد كان ثابتا مطلقا كذلك فلا نسلم لزومه من عدم السقوط في حق غير العاني فيجوز أن يسقط في حق العاني . وثمته أنه لا يقدر بعد

البعض لعدم التجزئ ، وفي استيفائهم الكل لإبطال حق الصغار فيؤخر إلى إدراكهم كما إذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين المولين . وله أنه حق لا يتجزأ لثبوت بسبب لا يتجزأ وهو القرابة ، واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهما كلاً كما في ولاية الإنكاح ، بخلاف الكبيرين لأن احتمال العفو من الغائب ثابت ومسئلة المولين ممنوعة . قال (ومن ضرب رجلاً بمرفقتله ، فإن أصابه بالحديد قتل به وإن أصابه

شرح كلام المصنف على وفق عين عبارته ، بل مقصودهما مجرد تصوير المسئلة على وجه يتضمن الإشارة إلا أنه لا احتياج في تحقق مادة هذه المسئلة إلى تحقق معنى الجمعية لا في جانب الصغير ولا في جانب الكبير بل ولا في مجموع الحائنين أيضاً (قوله كما إذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين المولين) قال صاحب النهاية في شرح قوله أو كان بين المولين : أى وأحدهما غائب . واقتنى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المحال . أقول : ليس هذا بشرح صحيح عندي ، إذ لو كان مراد المصنف هذا المعنى لكان ذكر قوله أو كان بين المولين مستلزاماً محضاً إذ يقتضيه قوله كما إذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب فيستغنى عن قوله أو كان بين المولين . وأيضاً لو كان مراده ذلك لما قدم قوله وأحدهما غائب على قوله أو كان بين المولين بل كان عليه أن يؤخر قوله وأحدهما غائب عن ذلك ليعتلق بمجموع القولين فلا يحتاج إلى التفدير في الثاني والصواب في شرح قوله أو كان بين المولين أن يقال : أى وأحدهما صغير إذ لا يلزم حينئذ شيء من المحذورين المذكورين بل يكون كل من قوله المزبورين إشارة إلى مسئلة مستقلة مغايرة للأخرى ويوافقه صريح ما ذكر في المبسوط فإنه قال فيه في باب الوكالة بالدم من الديات صورة مسئلة المستقلة مغايرة للأخرى ويوافقه صريح ما ذكر في المبسوط فإنه ولاية استيفاء القصاص قبل أن يدرك الصغير بالاتفاق اه تبصر (قوله وله أنه حق لا يتجزئ لثبوت بسبب لا يتجزأ وهو القرابة) . أقول : في تمام الاستدلال بعدم تجزئ سبب القصاص وهو القرابة على عدم تجزئ القصاص نفسه خفاء ، فإن العقل لا يجد محذورا في كون السبب بسيطا والسبب مركبا ، كيف والظاهر أن القرابة التي لا تتجزئ كما أنها سبب لاستحقاق ولي القتل القصاص في القتل العمد كذلك هي سبب أيضا لاستحقاقه الدية في القتل الخطأ ، مع أنه لا شك أن الدية تتجزئ لأنها مال والمال منجز بلا ريب . فالأظهر في بيان كون القصاص حقا لا يتجزئ ما ذكر في الكافي ومعراج الدراية أثناء تقرير دليل الإمامين وهو أن القتل غير منجز لأنه تصرف في الروح وهذا لا يقبل التجزئ . ثم إن بعض الفضلاء طعن في قولهم هنا إن سبب القصاص هو القرابة حيث قال : كيف يكون سببه القرابة وهو يثبت للزوج والزوجة اه . أقول : نعم يثبت للزوج والزوجة بل للمعتق والمعتقة أيضا كما صرحوا به مع أن السبب في الزوج والزوجة هو الزوجية ، وفي المعتق والمعتقة هو الولاء دون القرابة ، إلا أن الظاهر أن قولهم هاهنا وهو القرابة إما بناء على التغليب لكون أولياء القتل في الأكثر قرابته . وإما بناء على أنهم أرادوا بالقرابة هنا الاتصال الموجب للإرث دون حقيقة القرابة فيعم الكل (قوله واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهما كلاً كما في ولاية الإنكاح) قال الشراح : وجه أبي حنيفة مبنى على ثبوت التفرقة بين الصغار والكبار الغيب من حيث

سقوط بعض سقوط غيره . وقوله (ومسئلة المولين ممنوعة) جواب عن قوله أو كان بين المولين ، وسند منه ما ذكر في الأسرار لارواية في عيده أعنته رجلان ثم قتل أو قتل وله موليان فيجوز أن يقال : لانسلم أن أحدهما لا ينفرد بالاستيفاء ، ولئن سلمنا فأحد المولين إنما لم ينفرد بالاستيفاء لأن السبب لم يكمل في حقه ، لأن بعض الملك وبعض الولاء ليس بسبب أصلا فكانا كشخص واحد ، والواحد منهما كنصف رجل وشطر علة . وقوله (ومن ضرب رجلاً بمرفق الخ) واضح ، وكذا قوله

العفو على القصاص ويثبت في حق غيره ، ولعل الأظهر أن يقال : لما كان الحق واحدا وسقط في حق الماني أورث الشبهة في حق الباقي لما أنه واحد فكان ثابتا من وجه ساقطا من وجه ، وما هو كذلك فيه شبهة عدم الثبوت ، والشبهة تؤثر في سقوط القصاص (قوله ولئن سلمنا فأحد المولين إنما ينفرد بالاستيفاء) أقول : فيكون قوله إنه حق لا يتجزئ مخصوصا بما إذا لم يكن السبب القرابة كما لا يخفى .

بالعود فعليه الدية) قال رضى الله عنه : وهذا إذا أصابه بخد الحديد لوجود الجرح فكمّل السبب ، وإن أصابه بظهر الحديد فعندهما يجب ، وهو رواية عن أبي حنيفة اعتبارا منه للآلة وهو الحديد . وعنه إنما يجب إذا جرح وهو الأصح على ما نبينه إن شاء الله تعالى ، وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان ؛ وأما إذا ضربه بالعود فإنما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ، ثم قيل : هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثل ، وفيه خلاف أبي حنيفة على ما نبين ، وقيل هو بمنزلة السوط ، وفيه خلاف الشافعي وهي مسألة الموالاة . له أن الموالاة في الضربات إلى أن مات دليل العمدية فيتحقق التوجب . ولنا ما روينا « ألا إن قتل خطأ العمد » وروى « شبه العمد » الحديث ولأن فيه شبهة عدم العمدية لأن الموالاة قد تستعمل للتأديب أولعله اعتراه القصد في خلال الضربات فيعربى أول الفعل عنه وعساه أصاب المقتل والشبهة دارئة للقود فوجب الدية . قال (ومن غرق صبيا أو بالغاً في البحر فلا قصاص) عند أبي حنيفة . وقال : يقتص منه وهو قول الشافعي ، غير أن عندهما يستوفى حزاً وعنده يغرق كما بيناه من قبل . لم قوله عليه الصلاة والسلام « من غرق غرقناه » ولأن الآلة قاتلة فاستعمالها أمانة العمدية .

احتمال العفو في الحال وعدمه ، فإن العفو في الغائب موهوم حال استيفاء القصاص لجواز أن يكون الغائب عفا والحاضر لا يشعر به فلو استوفى كان استيفاء مع الشبهة وهو لا يجوز . وأما العفو في الصغير فأبوس حال استيفاء القصاص لأنه ليس من أهل العفو ، وإنما يتوهم العفو منه بعد بلوغه ، والشبهة في المسال لا تعتبر لأن ذلك يؤدي إلى سد باب القصاص لاحتمال أن يندم ولحق المقتول على قتله . وقال في النهاية كذا في مبسوط شيخ الإسلام والجامع الصغير للإمام المحبوبي . أقول : لقاتل أن يقول : إذا لم يكن للغائب شعور أصلا بكون قريبه مقتولا بأن كان في مسيرة سنة مثلا من موضع القتل فأنى يتوهم منه العفو في الحال إذ العفو عن الشيء فرع الشعور به . فحيث لا شعور به لا يتصور العفو عنه . ومسئلة الغائب تعم مثل هذه الصورة أيضا فكيف يتم فيها ما ذكروا من التفرقة . ثم أقول : يمكن أن يدفع ذلك بأنه يجوز أن يقول ذلك الغائب في ذلك الموضع في تلك الحالة أو قبلها كل حق يثبت لى على الغير فأنى عفوته وبرئت منه ، فيندرج في هذه الكلية عفوه عن قتل قريبه أيضا ، ولا يلزم الشعور بخصوصه فهذا الاحتمال في صورة أن كان بعض الأولياء غائبا ، وإن كان موهوما يورث شبهة في الحال فلا يستوفى القصاص بها بالإجماع ، ولعل حل هذا المقام بهذا الوجه ما لا بد منه وقد أهمله الجمهور (قوله ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثل ، وفيه خلاف أبي حنيفة) أقول : كان حق التحرير هنا أن يقول : وفيه خلاف أبي يوسف ومحمد ورحمهما الله ، لأن الحكم المذكور فيها سبق في أصل المسئلة وجوب الدية عند الإصابة بالعود لاجوب القود عند ذلك ، وخلاف أبي حنيفة في وجوب القود في القتل بالمثل لا في وجوب الدية فيه فإن وجوبها فيه عين مذهب أبي حنيفة وإنما الخلاف فيه لأبي يوسف ومحمد . وقصور تحرير المصنف هنا مع كونه ظاهرا جدا لم يتعرض له أحد من الشراح لا من جهة القدر ولا من جهة التوجيه فكأنهم لم يتنبهوا له (قوله لم قوله عليه الصلاة والسلام « من غرق غرقناه ») قال صاحب النهاية : وقوله لم : أى للشافعي ولهما لكن للشافعي الاستدلال بالحديث ولهما الاستدلال بالمعقول اهـ وتبعه جماعة من الشراح منهم صاحب العناية حيث قال : وقوله لم : أى لأبي يوسف ومحمد والشافعي ، لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما بالمعقول اهـ . أقول : لا مساعدة في عبارة المشروح (ومن غرق صبيا) و (كما بيناه) إشارة إلى قوله يفعل به كما فعل إن كان فعلا مشروعا . وقوله (لم) أى لأبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله . لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما بالمعقول .

(قال المصنف : وفيه خلاف أبي حنيفة رحمه الله تعالى) أقول : فيه أن قضية المساق أن يقول : وفيه خلاف أبي يوسف ومحمد فليتأمل (قال المصنف : وهي مسألة الموالاة) أقول : فيه بحث ، بل تلك أعم منها ، فإن القتل بالسوط قد يكون بدون الموالاة كما إذا ضرب صغيرا فأت منه . وجوابه أن الضمير عائد إلى خلافية الشافعية لا إلى مسألة القتل بالسوط مطلقا فانهم (قال المصنف : لم قوله عليه الصلاة والسلام « من غرق غرقناه ») أقول : دليل الشافعي فلا يرد أن مذهبهما أن لا قود إلا بالسيف .

ولا مرأه في العصمة . وله قوله عليه الصلاة والسلام « ألا إن قتيلا خطي العمد قتيلا السوط والعصا » وفيه « وفي كل خطي أرض » ولأن الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولأن القصاص ينفي عن المماثلة ، ومنه يقال : اقتصر أثره ، ومنه المقصة للجلمين ، ولاتماثل بين الجرح والدق اقصور الثاني عن تخريب الظاهر ، وكذا لا يتماثلان في حكمة الزجر لأن القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر .

لهذا المعنى ، لأن المصنف أعاد لام التعليل في المعقول حيث قال : ولأن الآلة قاتلة وذلك يقتضي أن يكون قوله ولأن الآلة قاتلة الخ معطوفا على قوله لم قوله عليه الصلاة والسلام « من غرق غرقناه » فلم يبق في جيز قوله لم إلا الحديث فلا مجال للتوزيع لأنه إنما يتصور أن لو كان المعنى لم الحديث والمعقول ، وعبارة الكتاب تقتضي أن يكون المعنى لم الحديث ولم المعقول ، وهذا لا يكون إلا بمشاركة مجموعهم في كل واحد من الدليلين تأمل تقف . وقال صاحب الكفاية بعد ذكر ما ذكره صاحب النهاية : إذ للشافعي الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص وفي الاستيفاء . ولهما الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص ولم يعملوا في الاستيفاء بهذا الحديث لقوله عليه الصلاة والسلام « لا قود إلا بالسيف » اه . أقول : وفيه بحث ، لأن وجوب القصاص وكيفية الاستيفاء إنما يستفادان من لفظ واحد في الحديث المذكور وهو غرقناه ، فالعمل بأحدهما دون الآخر مع كونه لا يخلو عن إشكال في نفسه لا موجب له ، لأن العمل به في حق الاستيفاء إنما يجب أن يترك بقوله صلى الله عليه وسلم « لا قود إلا بالسيف » أن لو ثبت تأخر قوله عليه الصلاة والسلام « لا قود إلا بالسيف » عن قوله عليه الصلاة والسلام « من غرق غرقناه » أو ثبت كونه أقوى منه وشيء منهما لم يثبت لا يقال : يكفى التعارض بينهما فإنهما إذا تعارضا تساقطا . لانا نقول : لو كان كذلك لما صح الاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام « لا قود إلا بالسيف » على أن لا يستوفي القصاص إلا بالسيف ، لأن الساقط لا يصلح لأن يتمسك به مع أن أثمتنا تمسكوا به في ذلك المطلب واعتمدوا عليه كما مر . ثم أقول : الأولى عندى في توجيه المقام أن يقال : الحديث حجة لأن يوسف ومحمد والشافعي كلهم ، إلا أن الشافعي يبقيه على ظاهره فيحمل التفريق على حقيقته وأما الإمامان فيحملانه على الكناية عن الإهلاك لكون الإهلاك لازم التفريق فيصير معنى قوله عليه الصلاة والسلام « غرقناه » أهلكناه ، ويكون التعبير بغرقناه لمشاكلة قوله « من غرق » وإنما يحملانه على ذلك توفيقا بين هذا الحديث وبين قوله عليه الصلاة والسلام « لا قود إلا بالسيف » إذ قد تقرر في علم الأصول أنه إذا تعارض ظاهر النصين يطلب المخلص مهما أمكن في التوفيق والجمع بينهما ، وهما المخلص عندهما يتيسر بحمل التفريق على الإهلاك والقتل على سبيل الكناية تدبر (قوله وله قوله عليه الصلاة والسلام « ألا إن قتيلا خطي العمد قتيلا السوط والعصا » وفيه « وفي كل خطي أرض ») أقول : في دلالة هذا الحديث على مدعى أني حنيفة رحمه الله تعالى في مسألة التفريق خفاء كما ترى ، ولم يتعرض أحد من الشراح لبيان وجه دلالة على ذلك ،

وقوله (ولا مرأه في العصمة) أى لاشك فيها . وقوله (ومنه المقصة للجلمين) الجلم الذى يجزبه وهما جللمان .

(قال المصنف : وله قوله عليه الصلاة والسلام « ألا إن قتيلا خطي العمد قتيلا السوط والعصا ») أقول : والخلاف فيه ثابت والمنشأ واحد فلذلك استدل به على مطلوبه تأمل (قوله لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما بالمعقول) أقول : ويجوز لهما الاستدلال بالحديث في نفي وجوب الدية . وأما القصاص بالتفريق فلم يعمل به لوجود نص أقوى منه « لا قود إلا بالسيف » ولا يلزم منه أن يكون متر وكا بالكلية ، ويجوز للشافعي الاستدلال بالمعقول أيضا ، ففى التوزيع بحث كما لا يخفى (قال المصنف : ومنه المقصة للجلمين) أقول : قال الكاكي سميت المقصة مقصة لأن كل واحد من الحديدين يماثل الآخر اه . وفي شرح الشاهان لأنه سوى بهما بين الثوب وبين المقطوع له الثوب اه ولعل هذا الوجه أولى لأسم المقصة تأمل .

(١) في بعض النسخ زيادة كتبت بالهامش نصها : ويمكن أن يقال : ثبت كون قوله عليه الصلاة والسلام « لا قود إلا بالسيف » أقوى من قوله عليه الصلاة والسلام « من غرق غرقناه » عند أهل الحديث ، وقد أشار إليه المصنف فيما بعد بقوله : وما رواه غير مرفوع تأمل اه منه .

وما رواه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة وقد أومت إليه إضافته إلى نفسه فيه . وإذا امتنع القصاص وجبت الدية ، وهى على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة . قال (ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص) لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فأضيف إليه قال (وإذا اتقى الصفان من المسلمين والمشركون فقتل مسلم مسلما ظن أنه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة) لأن هذا أحد نوعي الخطأ على ما بيناه ، والخطأ بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة . وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب « ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان أي حذيفة قضى رسول الله عليه الصلاة والسلام بالدية » قالوا : إنما تجب الدية إذا كانوا مختلطين ، فإن كان في صف المشركون لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه الصلاة والسلام « من كثر سواد قوم فهو منهم » قال (ومن شج نفسه وشجه رجلا وعقره أسد وأصابته حية فمات من ذلك كله فعلى الأجنبي ثلث الدية) لأن فعل الأسد والحية جنس واحد لكونه هدرًا في الدنيا والآخرة ، وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة حتى يأثم عليه . وفي النوادر أن عند أبي حنيفة ومحمد يغسل ويصلى عليه . وعند أبي يوسف يغسل ولا يصلى عليه . وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلاة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبه في كتاب التجنيس والمزيد فلم يكن هدرًا مطلقًا وكان جنسًا آخر ، وفعل الأجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة أجناس فكان النفس تلت بثلاثة أفعال فيكون المؤلف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية ، والله أعلم .

والإنصاف أنه لا يدل عليه دلالة إقناعية وإن أمكن التوجيه ببعض من التحلات ، ولعل هذا هو السر في أن صاحب الكافي ترك

وقوله (وما رواه غير مرفوع) لأنه يلزم على قوله التحريق بالتحريق وهو منهي عنه ، قال صلى الله عليه وسلم « لا تعذبوا أحدا بعذاب الله » (أو هو محمول على السياسة وقد أومت) أي أشارت (إليه) أي إلى كونه محمولا على السياسة (لإضافته إلى نفسه) حيث قال غرقناه ولم يقل غرقوه . وقوله (واختلاف الروايتين) مرفوع على الابتداء . وقوله (في الكفارة) خبره : يعني أن اختلاف الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله إنما كان في الكفارة ، فإنه روى عنه أن لا كفارة في شبه العمدة ، وروى الطحاوي أن فيه الكفارة عنده ، وأما الدية فإنها واجبة عنده من غير تردد . وقوله (لوجود السبب) يعني سفك دم محقون على التأييد عمدا (وعدم ما يبطل حكمه) يعني من عفو أو شبهة . وقوله (وإذا اتقى الصفان) ظاهر . وقوله (أحد نوعي الخطأ) يريد به الخطأ في القصد . وقوله (وكذا الدية) منصوب عطفا على الكفارة . وقوله (على ما نطق به النص) يريد به قوله تعالى - ومن قتل مؤمنا خطأ - الآية . وقوله (ولما اختلفت سيوف المسلمين) أي تواترت روى « أن سيوف المسلمين تواترت على اليمان أبي حذيفة في بعض الليالي في غزوة الخندق فقتلوه على ظن أنه مشرك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية فوهبها لهم حذيفة » وقوله (ومن شج نفسه) واضح . وقوله (وقعله بنفسه هدر في الدنيا) يعني فلم يكن معتبرا في حق الضمان لما كان الاستحالة والتناهي . وقوله (يغسل ويصلى عليه) أثر كون فعله غير معتبر لأنه لما كان يغسل ويصلى عليه صار كأنه مات تحت أنفه بمرض من غير علة في نفسه . وقوله (ولا يصلى عليه) لأن جنايته على نفسه معتبرة فصار كالباغي . وقوله (فلم يكن هدرًا مطلقًا) متعلق بقوله هدر في الدنيا معتبر في الآخرة والباقي واضح .

(قوله وما رواه غير مرفوع لأنه يلزم ، إلى قوله : أو هو محمول على السياسة وقد أومت) أقول : فيه بحث ، وجوابه أن نعمة الحديث « ومن حرق حرقناه ، ومن قتل عمدا قتلناه » كذا في فوائد حميد الدين الضرير ، ثم قوله غير مرفوع منع . وقوله لأنه يلزم الخ سند للمنع . وقوله أو هو محمول على السياسة منع آخر مع السند . وقوله وقد أومت تنتم للسند (قال المصنف : واختلاف الروايتين في الكفارة) أقول : قوله واختلاف مبتدأ ، وقوله في الكفارة خبره (قال المصنف : ولا يصلى عليه) أقول : قال الكافي : وهذا أثر كون فعله معتبرا في حق نفسه لأنه صار باغيا على نفسه اهـ . فالباغي لا يصلى عليه .

(فصل)

قال (ومن شهر على المسلمين سيفاً فعليهم أن يقتلوه) لقوله عليه الصلاة والسلام « من شهر على المسلمين سيفاً فقد أطل دمه » ولأنه باغ فتسقط عصمته ببغيه . ولأنه تعين طريقاً للدفع القتل عن نفسه فله قتله . وقواه فعليهم وقول محمد في الجامع الصغير فحق على المسلمين أن يقتلوه إشارة إلى الوجوب . والمعنى وجوب دفع الضرر . وفي سرقة الجامع الصغير : ومن شهر على رجل سلاحاً ليلاً أو نهاراً أو شهر عليه عصاً ليلاً في مصر أو نهاراً في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمداً فلا شيء عليه لما بينا . وهذا لأن السلاح لا يابث فيحتاج إلى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة ، وإن كانت تلبث ولكن في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر إلى دفعه بالقتل . وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث فإذا قتله كان دمه هدراً . قالوا : فإن كان عصاً لا تلبث يحتمل أن تكون مثل السلاح عندهما . قال (وإن شهر المجنون على غيره سلاحاً فقتله المشهور عاياً عمداً فعليه الذية في ماله) وقال الشافعي : لا شيء عليه ، وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة . وعن أبي يوسف أنه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون . للشافعي أنه قتله دافعاً عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر . ولأنه يصير محمولاً على قتله بفعله فأشبهه المكره . ولأبي يوسف أن فعل الدابة غير معتبر أصلاً حتى لو تحقق لا يوجب الضمان .

اتمسك بهذا الحديث هاهنا بالكلية واكتفي بالدليل العقل مع كون عادته أن يقتني أثر صاحب الهداية في وضع المسائل وبسط الدلائل .

(فصل)

لما فرغ من بيان المسائل التي توجب القصاص ألحق بها فصلاً يشتمل على المسائل التي لها عرضية لإيجاب القصاص وهي كلها من جنس واحد ، وكلامه واضح . وقوله (أطل دمه) أي أهدر . وقوله (والمعنى) أي ومعنى الوجوب (دفع الضرر) لأن الواجب هو دفع الشر على أي وجه كان لاعتين القتل . وقوله (لما بينا) إشارة إلى ما ذكره من الحديث والمعقول . وقوله (وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة) يعني إذاً أصلاً على إنسان فقتله الموصول عليه عمداً يضمن الذية والقيمة . وقوله (فأشبهه المكره) يعني أن المكره لما صار مسلوب الاختيار من جهة المكره أضيف التلف إلى المكره فكذلك الموصول عليه وقيل معناه

(فصلي ومن شهر)

(قوله ألحق بها فصلاً يشتمل على المسائل التي لها عرضية لإيجاب القصاص) أقول : وهو قتل المشهور عليه يوجب القصاص إن لم يثبت ما ادعاه من نسل السيف عليه بالبيعة قال المصنف : لقوله عليه الصلاة والسلام « من شهر » الحديث) أقول : الحديث يدل على إباحة قتله دون وجوبه ، وكان المعنى ذلك ظاهراً (قوله ومعنى الوجوب دفع الضرر) أقول : أي وجوب دفع الضرر بالمضاف مقدر . (قال المصنف : ومن شهر على رجل سلاحاً ليلاً أو نهاراً أو شهر عليه عصاً ليلاً في مصر أو نهاراً في طريق غير مصر فقتله المشهور عليه عمداً فلا شيء عليه) أقول : قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير : فإن شهر عليه عصاً نهاراً في مصر فقتله المشهور عليه عمداً قتل به أه . وفي شرح الجامع الصغير لقاضيخان : رجل شهر سلاحاً على رجل في مصر ليلاً أو نهاراً أو في غير مصر فقتله المشهور عليه عمداً لا شيء عليه لأنه قتله لدفع الشر عن نفسه ، ودفع الشر مباح أو واجب . وإن شهر عليه عصاً في مصر نهاراً فقتله المشهور عليه بالحديد عمداً قتل لأنه قادر على دفع الشر عن نفسه بدون القتل لأن العصا تلبث ، وفي مصر يلحقه الغوث بالنهار ، بخلاف السلاح لأنه لا يلبث ، وبخلاف المقازة ، أو كان في مصر ليلاً لأنه لا يلحقه الغوث ، وإن كان الحشب أو الحجر عظيماً لا يلبث فهو بمنزلة السلاح في هذا الحكم . (قوله فقتله الموصول عليه عمداً يضمن الذية والقيمة) أقول : الأولى قطع الكلام عند قوله عمداً ، أو يتمم بقوله وعند الشافعي لا شيء عليه كما لا يخفى (قوله يعني أن المكره لما صار مسلوب الاختيار الخ) أقول : هذا الكلام على هذا التقرير كلام إلزامي من الشافعي وإلا فعنده يجب القصاص على المكره والمكره كما مر .

أما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو حققناه يجب عليهما الضمان . وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقطا للعصمة دون فعل الدابة . ولنا أنه قتل شخصا معصوما أو أتلف مالا معصوما جتا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا وكذا فعلهما . وإن كانت عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القصاص بتحقيق الفعل منهما . بخلاف العاقل البالغ لأن له اختيارا صحيحا . وإنما لا يجب القصاص لوجود المييح وهو دفع الشر فتجب الدية . قال (ومن شهر على غيره سلاحا في المصر فضر به ثم قتله الآخر فعلى القاتل انقصاص) معناه : إذا ضربه فانصرف لأنه خرج من أن يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته . قال (ومن دخل عليه غيره ليلا وأخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه) لقوله عليه الصلاة والسلام « قاتل دون مالك » ولأنه يباح له القتل دفعا في الابتداء فكذا اسر دادا في الانتهاء . وتأويل المسئلة إذا كان لا يتمكن من الاسترداد إلا بالقتل : والله أعلم .

(باب القصاص فيما دون النفس)

قال (ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وإن كانت يده أكبر من اليد المقطوعة) لقوله تعالى - والجروح قصاص - وهو ينبي عن المماثلة . فكل ما أمكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا . وقد أمكن في القطع من المفصل فاعتبر . ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لأن منفعة اليد لا تختلف بذلك . وكذلك

(باب القصاص فيما دون النفس)

لما فرغ من بيان القصاص في النفس شرع في بيان القصاص فيما دون النفس ، إذ الجزء يتبع الكل (قوله لقوله تعالى - والجروح قصاص -) أي ذات قصاص ، كذا في التفسير والشروح . قال الزيلعي في شرح الكنز : أي ذو قصاص . فأشبه المكره يعود على المكره فيقتله . وقوله (قاتل دون مالك) أي لأجل مالك . وقوله (فكذا اسر دادا في الانتهاء) لأنه أسهل من الابتداء ، والله أعلم .

(باب القصاص فيما دون النفس)

لما فرغ من بيان القصاص في النفس أتبعه بما هو بمنزلة التبع وهو القصاص في الأطراف وكلامه واضح . قوله (ولا معتبر بكبر اليد وصغرها) لأن منفعة اليد وهو البطش لا يختلف بذلك ، ولا ترد الشجة الموضحة إذا أخذت مابين قروني المشجوج ولم تأخذه من الشاج لكبر رأسه ، فإن الكبر قد اعتبر وخير المشجوج بين القصاص بمقدار شجته وبين أخذه أرض الموضحة .

(قال المصنف : وإنما لا يجب القصاص لوجود المييح وهو دفع الشر) أقول : دفع الشر واجب كما مر فينبغي أن يراد بالمبيح ما يعم الموجب (قال المصنف : فتجب الدية) أقول : لأن أثر الاضرار في دفع الإثم والقصاص دون الضمان كالمفسر إذا أكل مال الغير (قوله لأنه أسهل من الابتداء) أقول : فيه شيء ، إذ ليس هذا المقام محل ذلك الكلام .

(باب القصاص فيما دون النفس)

(قوله بما هو بمنزلة التبع) أقول : إنما قال بمنزلة التبع لأن القصاص في الأطراف ليس يتابع للقصاص في النفس عندنا حقيقة على ما يعمى في هذا الدرس (قال المصنف : لقوله تعالى - والجروح قصاص -) أقول : قال الزيلعي : أي ذو قصاص . وقال البرهان النسفي في تفسيره : القصاص هنا مصدر يراد به المفعول : أي والجروح متقاسة بعضها ببعض (قوله ولم يأخذه من الشاج لكبر رأسه)

الرجل ومارن الأنف والأذن لإمكان رعاية المماثلة . قال (ومن ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه) لامتناع المماثلة في القلع ، وإن كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لإمكان المماثلة على ما قال في الكتاب : تحمى اه المرأة ويجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرأة فيذهب ضوؤها . وهو مأثور عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم . قال (وفي السن القصاص) لقوله تعالى - والسن بالسن - (وإن كان سن من يقتص منه أكبر من سن الآخر) لأن منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر . قال (وفي كل شجة تتحقق فيها المماثلة القصاص) لما تلونا . قال (ولا قصاص في عظم إلا في السن) وهذا اللفظ مروى عن عمر وابن مسعود رضى الله عنهما ، وقال عليه الصلاة والسلام « لا قصاص في العظم » والمراد غير السن . ولأن اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان : بخلاف السن لأنه يبرد بالمبرد : ولو قلع من أصله يقلع الثاني فيما تلان .

أقول : لوجه لتدكير ذو هنا إلا يتمحل ركيك لا ينبغي أن يرتكب بلا ضرورة سباً في تفسير القرآن العظيم (قوله ولو قلع من أصله يقلع الثاني فيما تلان) قال صاحب الكافي وعامة شراح الكتاب في هذا المقام : ولو قلع السن من أصله لا يقلع سنه قصاصاً لتعذر اعتبار المماثلة فربما تعسد به لثاته ، ولكن يبرد بالمبرد إلى موضع أصل السن ، وعزاه الشراح إلى المبسوط . أقول : أسلوب تحويرهم هاهنا محل تعجب ، فإن أحداً منهم لم يتعرض لما ذكر في الكتاب لا بالر . ولا بالقبول ، بل ذكروا المسئلة على خلاف ما ذكر في الكتاب ، وكان من دأب الشراح التعرض لما في الكتاب إما بالقبول وإما بالرد ، فكأنهم لم يروه أصلاً . نعم القول الذي نقلته هنا عن المصنف غير مذكور في بعض النسخ لكنه واقع في كثير من النسخ ليس بمثابة أن لا يطلع عليه أحد من الشراح . كيف وقد أخذ صاحب الوقاية فذكره في مته حيث قال : ولا قود في عظم إلا السن فتقلع إن قلعت وتبرد إن كسرت ،

لأن المعتبر في ذلك الشين ، وفي الاقتصاص بمقدارها يقل شين الشاج ويأخذ ما بين قرنيه بالشجة زيادة على حقه فانتفى المماثلة الواجبة في القصاص صورة ومعنى ، فإن شاء استوفاه معنى وهو مقدار شجته ويترك الصورة وإن شاء أخذ أرسها . وقوله (على ما قل في الكتاب) يعنى القدورى ، وهو مأثور عن الصحابة رضى الله عنهم . روى أن هذا حدث في زمن عثمان رضى الله عنه فسأل عنه الصحابة رضى الله عنهم فلم يكن عندهم فيه شيء حتى جاء على رضى الله عنه قضى بذلك وعمل عليه عثمان رضى الله عنه وكان بمحض من الصحابة رضى الله عنهم . قوله (لما تلونا) إشارة إلى قوله تعالى - وإخراج قصاص - وفي بعض النسخ لما ذكرنا وهو إشارة إلى قوله وهو ينهى عن المماثلة ، وقوله (ولا قصاص في عظم إلا في السن) ، وهذا اللفظ مروى عن عمر وابن مسعود رضى الله عنهما (فإن كان السن عظماً فلا استثناء متصل ولا بد من فرق بينها وبين غيرها من العظام وهو إمكان القصاص فيها بأن يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منها أو إلى أصلها إن قلعها ولا يقلع لتعذر المماثلة فربما تفسد به لثاته ، كذا في المبسوط وإن كان غير عظم كما أشار إليه قوله صلى الله عليه وسلم « لا قصاص في عظم » حيث لم يستثن السن فلا استثناء منقطع . وقد اختلف الأطباء في ذلك ، ففهم من قال : هو طرف عصب يابس لأنه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ، ومنهم من

أقول : الضمير في قوله يأخذ راجع إلى « ما » في قوله ما بين قرني المشجوج وضمير رأسه راجع إلى الشاج (قوله لأن المعتبر في ذلك الشين الخ) أقول : هذا تعليل أقوله ولا ترد الشجة الخ تقريره لأن المعتبر في ذلك الشين ، إذ ليس فيه تقوية المنفعة ، إلى آخر ما قال ، ويحى من المصنف في هذا الدرس أن الشجة موجبة لكونها مشينة ، وبخلاف اليد فإن الشين لا يتفاوت في اليد إذا قطعت (قال المصنف : تحمى له المرأة) أقول : استئناف بياني الإحاء « كرم كردن » (قوله وهو إشارة إلى قوله وهو ينهى عن المماثلة) أقول : يدل إشارة إلى المجموع كما لا يخفى (قال المصنف : ولا قصاص في عظم إلا في السن) أقول : اختلف الأطباء في السن ، هل هو عظم أو طرف عصب يابس ، فهم من ينكر أنه عظم لأنه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ويلين بالكل ، ومنهم من قال : هو عظم ، وكأنه وقع عند المصنف أنه عظم حتى قال :

قال (وليس فيما دون النفس شبه عمد إنما هو عمد أو خطأ) لأن شبه العمد يعود إلى الآلة . والمقتل هو الذى يختلف باختلافها دون ما دون النفس لأنه لا يختلف إتلافه باختلاف الآلة فلم يبق إلا العمد والخطأ (ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس . ولا بين الحر والعبد ، ولا بين العبدین) خلافا للشافعى فى جميع ذلك إلا فى الحرّ يقطع طرف العبد . ويعتبر الأطراف بالأنفس لكونها تابعة لها .

وكأن مأخذ من الوقاية هو الهداية كما صرح به صاحبه ، وكذا ذكر فى كثير من المتون . ثم إن التحقيق هاهنا هو أنه إذا قلع سن غيره هل يقلع سنه قصاصاً أم يرد بالمبرد إلى أن ينتهى إلى اللحم ؟ فيه روايتان كما أفصح عنه فى المحيط البرهانى حيث قال : إن كانت الجناية بكسر بعض السن يؤخذ من سن الكاسر بالمبرد مقدار ما كسر من سن الآخر وهذا بالاتفاق ، وإن كانت الجناية بقلع سن ذكر القدرى أنه لا يقلع من القالع ولكن يرد سن القالع بالمبرد إلى أن ينتهى إلى اللحم ويستقط الباقى . وإليه مال شمس الأئمة السرخسى . وذكر شيخ الإسلام فى شرحه أنه يقلع سن القالع . وإليه أشار محمد رحمه الله فى الجامع الصغير حيث ذكر بلفظ النزع ، والنزع والقلع واحد . وفى الزيادات نص على القلع ، إلى هنا لفظ المحيط (قوله وليس فيما دون النفس شبه عمد إنما هو عمد أو خطأ) قال صاحب العناية : قد ذكره مرة لكنه ذكر هناك أنه عمد وهاهنا أنه عمد أو خطأ فيحمل الأول على أن المراد به إن أمكن القصاص انتهى . أقول : يرد عليه أن مراد المصنف لو كان ذلك لما تم ما ذكره صاحب العناية فى شرح كلام المصنف هناك بأن قال : يعنى ليس فيما دون النفس شبه عمد إنما هو عمد أو خطأ ، فإن مقتضى ذلك الشرح أن لا يكون بين كلامى المصنف فى المقامين فرق كما لا يخفى . ثم أقول : التحقيق أن ما ذكره المصنف هاهنا عبارة القدرى وما ذكره فيما سبق عبارة نفسه ، وإن لكل واحدة من العبارتين معنى مغاير لمعنى الأخرى ، فإن ماسبق هكذا : وما يكون شبه عمد فى النفس فهو عمد فيما سواها ، ومعناه أن ما يكون شبه عمد فى النفس وهو تعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما أجرى مجرى

قال هو عظم وكأنه وقع عند المصنف أنه عظم حتى قال والمراد منه غير السن . وقوله (وليس فيما دون النفس شبه عمد) قد ذكره مرة ، لكنه قد ذكر هناك أنه عمد وهاهنا أنه عمد أو خطأ فيحمل الأول على أن المراد به إن أمكن القصاص ، وذلك لأن شبه العمد إذا حصل فيما دون النفس وأمكن القصاص جعل عمداً . روى « أن الربيع عمه أنس بن مالك رضى الله عنه كسرت ثنية جارية من الأنصار بلطمة فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالقصاص » واللطمة إذا أثت على النفس لا توجب القود ، وإن لم يمكن القصاص جعل خطأ ووجب الأرش . وقوله (ولا قصاص بين الرجل والمرأة) ظاهر . وقوله (إلا فى الحرّ يقطع طرف العبد) يعنى لا يجب القصاص فيه عنده أيضاً ، والشافعى رحمه الله أخذ بقول ابن أبى ليلى وسلكا فى الباب طريقاً سهلاً وهو اعتبار الأطراف بالنفوس لأنها تابعة للنفوس فكما يجرى القصاص بين الرجال والنساء فى النفوس فكذلك فى الأطراف لكونها

والمراد منه غير السن (قوله فيحمل الأول على أن المراد به الخ) أقول : فيه بحث ، بل الأول محمول على ما إذا تعمد ، وإنما سقط القصاص فى بعض المواضع لتعذر المائلة وذلك لا يخرج عن العمدية كما إذا قتل الأب ابنة عمداً . والثانى ما يعم التعمد وغيره فتدبر ، إذ الضمير فى قوله إنما هو عمد أو خطأ عائد إلى ما فيما دون النفس من الجناية ، لا إلى شبه عمد كما لا يخفى ، فلا يخالف الثانى الأول ، إذ ليس الموضوع فيها واحداً . ويمكن أن يقرر هذا البحث بوجه آخر بأن يقال : ليس الموضوع فى الموضوعين واحداً ، فإنه فى الأول شبه العمد ، وهنا ما يوجد فيما دون النفس من الجناية مطلقاً ، فلا مخالفة حتى يحتاج إلى التلقيق وعدم جريان القصاص فى بعض صور التعمد لا يخرج الجناية عن العمدية فإنه لمانع كما إذا قتل الأب ابنة عمداً فليتم (قوله وإن لم يمكن القصاص جعل خطأ) أقول : بل عمد ، وسقوط القصاص لمانع (قال المصنف : ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس الخ) أقول : قال صاحب الكفاية : فإن قيل : قوله تعالى - والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن - مطلق يتناول موضع النزاع فيكون حجة عليكم . قلنا : قد خص الحربى منه والمستأنم والنص العام إذا خص منه شيء يجوز تخصيص الباقي بجبر الواحد فخصصناه بما رويناه انتهى . وفيه أنه يجوز أن يكون خروجهما من هذا الحكم بالنسخ فتأمل . ثم قوله فخصصناه بما رويناه أراد به ما روى عن عمران بن الحصين أنه قال : « قطع عبد لقوم فقراء أذن عبد لقوم غنياء ، فاخصموا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلم يقض عليه الصلاة والسلام بالقصاص » كذا ذكر فى الكفاية . ونحن نقول :

ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة ، وهو معلوم قطعاً بتقويم الشرع فأمكن اعتباره . بخلاف التفاوت في البطش لأنه لا ضابط له فاعتبر أصله ، وبخلاف الأنفس لأن المتلف لإزهاق الروح ولا تفاوت فيه (ويجب القصاص في الأطراف بين المسلم والكافر) للتساوى بينهما في الأرض .

السلح عند أي حنيفة ، وبما لا يقتل به غالباً عند أبي يوسف ومحمد والشافعي فهو عمد فيما سوى النفس سواء أمكن القصاص به أو لم يمكن لما منع يمنع عنه ، فإن سقوط القصاص لما منع يقع في القتل العمد في النفس ؛ كما إذا قتل الأب ابنه عمداً وكما إذا ورث الابن قصاصاً على أبيه ، فلأن يقع في العمد في الأطراف أولى . ومعنى قوله هاهنا إنما هو عمد أو خطأ أن الذي كان فيما دون النفس عمد أو خطأ لا أن شبه العمد عمد أو خطأ ، فإن ضمير هو في قوله إنما هو عمد أو خطأ راجع إلى ما كان فيما دون النفس لا إلى شبه عمد ، إذ لا مجال لأن يكون شبه العمد خطأ لا في النفس ولا في الأطراف ، لأن تعمد الضرب معتبر في مفهوم شبه العمد ولا يتصور ذلك في الخطأ . فإذا كان معنياً للكلامين في المقامين مختلفين بالوجه الذي ذكرناه فلا احتياج إلى توجيه ماسبق بأن المراد به إن أمكن القصاص ، بل لوجه له كما تحققت مما قدمناه تبصر (قوله ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة) قال صاحب الكفاية : فإن قيل : قوله تعالى - والعين بالعين والأذن بالأذن - مطلق يتناول موضع النزاع فيكون حجة عليكم . قلنا : قد خص منه الحربى والمستأمن . والنص العام إذا خص منه شيء يجوز تخصيصه بخبر الواحد فخصه به بما روى عن عمران بن حصين أنه قال « قطع عبد لقوم فقراء أذن عبد لقوم أغنياء ، فاختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقض بالقصاص » انتهى . أقول : فيه نظر . أما أولاً فلأنه قد تقرر في علم الأصول أن النص العام إذا خص منه شيء بكلام مستقل موصول به يكون ذلك العام مخصوص منه البعض ظنياً في الباقي فيجوز تخصيصه بخبر الواحد ، وأما إذا أخرج من النص العام شيء بما هو مفصول عنه غير موصول به فلا يكون ذلك ظنياً في الباقي بل يكون باقياً على حالته

تابعة لها (ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو) أى التفاوت (معلوم قطعاً بتقويم الشرع) فإن الشرع قوم اليد الواحدة للحر بخمسمائة دينار قطعاً وبقينا ، ولا تبلغ قيمة يد العبد إلى ذلك ، فإن بلغت كان بالحزر والظن فلا تكون مساوية ليد الحر بقينا . فإذا كان التفاوت معلوماً قطعاً أمكن اعتباره (بخلاف التفاوت في البطش لأنه لا ضابط له فاعتبر أصله) فإن قيل : إن استقام في الحر والعبد لم يستقم بين العبدين لإمكان التساوى في قيمتهما بتقويم المقومين . وأجيب بأن التساوى إنما يكون بالحزر والظن ، والمماثلة المشروطة شرعاً لا تثبت بذلك كالمماثلة في الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها . فإن قيل : سلمنا وجود التفاوت في البذل وأنه لا يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه منع استيفاء الأكل بالانقصاص دون العكس فإن الشلاء تقطع بالصحيحة وأنتم لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل . فالجواب أننا قد ذكرنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لأنها خلقت وقاية للأنفس كالمال ، فالواجب أن يعتبر التفاوت المالى مانعاً مطلقاً ، والشلل ليس منه فيعتبر مانعاً من جهة الأكل لأنه من حيث أنه ليس تفاوتاً مالياً ينبغي أن لا يعتبر فيما يسلك به مسلك الأموال ، ومن حيث أنه يوجب تفاوتاً في المنفعة تنتفى به المماثلة ينبغي أن يعتبر ، فقلنا : يعتبر من جهة الأكل لئلا يلزم أن يكون باذلاً للزيادة في الأطراف ، ولا يعتبر من جهة الانقصاص

لا ينبغي أن هذا لا يكتفى لتخصيص مواضع النزاع ، فالمال القياس (قوله فالجواب أننا قد ذكرنا أن الأطراف) أقول : وأجاب في الكفاية بأن شرع القصاص في الأصل يعتمد المساواة ، فإن كان النقصان ثابتاً باعتبار الأصل كنقصان طرف الأنثى والعبد عن طرف الحر والذكر منع شرع القصاص لانقضاء محله ، وإن كان التساوى في الأصل ثابتاً ، والتفاوت باعتبار أمر عارض كان القصاص مشروفاً فيمنع استيفاء الكامل بالنقص دون عكسه إذ رضى به صاحب الحق انتهى . وكلامه وكلام الشيخ أكمل الدين محل كلام فتأمل . ثم اعلم أن في ألفاظ الكفاية نوع خفاء يحتاج إلى البيان فنقول : قوله باعتبار الأصل : أى القيمة . وقوله منع شرع القصاص الخ : يعنى كالأموال الربوية إذا قربلت بجنسها ، والمساواة في القدر غير معلومة . وقوله وإن كان التساوى في الأصل ثابتاً : أى باعتبار القيمة ، وقوله والتفاوت باعتبار أمر عارض : أى كالشلل والصحة (قوله فالواجب أن يعتبر التفاوت المالى مانعاً مطلقاً والشلل ليس منه) أقول : أى ليس من التفاوت المالى (قوله لئلا يلزم أن يكون باذلاً) أقول يعنى لقطع الشلاء ألزم القاطع بذل الزيادة في يده الصحيحة إذ أوجبنا القطع . (قوله للزيادة في الأطراف)

قال (ومن قطع يد رجل من نصف الساعد أوجرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه) لأنه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه ، إذ الأول كسر العظم ولا ضابط فيه . وكذا البرء نادر فيفضي الثاني إلى الهلاك ظاهرا . قال (وإذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء أو ناقصة الأصابع فالمقطوع بالخيار إن شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وإن شاء أخذ الأرض كاملا) لأن استيفاء الحق كاملا متعذره أنه يجوز بدون حقه وله أن يعدل إلى العوض كما مثلي إذا انصرم عن أيدي الناس بعد الإتيان ثم إذا استوفاهانا قصا فقد رضى به فيسقط حقه كما إذا رضى بالبرء مكان الجيد (ولو سقطت المؤفة قبل اختيار الجني عليه أو قطعت ظلما فلا شيء له) عندنا لأن جقه متعين في القصاص ، وإنما ينتقل إلى المال باختياره فيسقط بفروته . بخلاف ما إذا قطعت بحق عليه من قصاص أو

الأولى . ولا شك أن مخرج الحرب والمستأمن من الآية المذكورة ليس بكلام موصول بها فتكون باقية على قطعها الأصلية فلا يجوز تخصيصها بخبر الواحد . وقدمنا غير مرة نظير هذا النظر في محاله . وأما ثانيا فلأن حديث عمران بن حصين إنما يفيد عدم جريان القصاص في الأطراف بين العبدین . ولا يفيد عدم جريانه فيما بين الرجل والمرأة ولا بين الحر والعبد . فبقي الاعتراض بإطلاق الآية المذكورة في هاتين الصورتين فلم يتم الجواب . والصواب عندى في الجواب أن يقال إن الآية المذكورة آية القصاص والقصاص ينفي عن المماثلة . فالمراد بما في الآية المذكورة ما يمكن فيه المماثلة لا غير كما صرح به صاحب الكشف في تفسير هاتيك الآية من التزيل حيث قال : ومعناه ما يمكن فيه القصاص وتعرف المساواة . وأشار إليه المصنف في صدر هذا الباب حيث قال : وهو ينفي عن المماثلة : فكل ما أمكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا . وأشار إليه هاهنا أيضا حيث قال : فيعدم التماثل بالتفاوت بالقيمة فلم تكن الآية المذكورة مجرأة على ظاهر إطلاقها حتى يكون إطلاقها حجة علينا فيما نحن فيه ، وكيف يتصور إجراؤها على ظاهر إطلاقها : ولا قصاص في العين إذا قلعا بالإجماع لعدم إمكان المماثلة في القلع ، وكذا الحال في قطع اليد أو الرجل من غير المفصل ، وكذا فيما إذا قطع الحر طرف العبد ، فظهر أن المدار في وجوب القصاص إمكان المماثلة وأن معنى النظم الشريف مصروف إلى ذلك فاندفع الاعتراض الناشئ من توهم الإطلاق . ثم إنه بقي في هذا المقام إشكال قوي ذكر في عامة الشروح وهو أن يقال : سلمنا وجود التفاوت في القيمة في الأطراف وأنه يمنع الاستيفاء ، لكن المعقول منه أن يمنع استيفاء الأكمل بالنقص دون العكس : ألا يرى أن الشلاء تقطع بالصحيحة وأنتم لا تفتقون يد المرأة بيد الرجل أيضا . والشراح كانوا في طريق دفعه طرائق قددا : فقال صاحب العناية : فالجواب أننا قد ذكرنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لأنها خلقت وقاية للأنفس كالمال : فالواجب أن يعتبر التفاوت المالى مانعا مطلقا والشلل ليس منه فيعتبر مانعا من جهة الأكمل لأنه من حيث أنه ليس تفاوتا ماليا ينبغي أن لا يعتبر فيما يسلك بها مسلك الأموال ومن حيث أنه يوجب تفاوتاً في المنفعة

لأنه إسقاط والإسقاط جائز دون البذل بالأطراف ، والباقي ظاهر (قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد) كلامه واضح . وقوله (لأن حقه متعين في القصاص) لأنه لو زال الشلل قبل أن يستوفى الأرض لم يكن له إلا القصاص ، وهذا عندنا . وعند الشافعي رحمه الله أن الواجب أحد الشئين : إما القصاص ، أو الأرض ، فإذا تعذر أحدهما لفوات محله تعين الآخر . وقوله

أقول : على تقدير رضا القاطع بالقصاص ، وأما بدون رضا فلا مجال للجبر ، لأنه كالجبر بإلغاء الجيد في مقابلة الردي . (قوله لأنه إسقاط) أقول : يعنى من المقطوع يده الصحيحة . (قال المصنف : وإن شاء أخذ الأرض) أقول : هذا هو ظاهر الرواية . وذكر الطحاوى عن علي الرازى الكبير أنه قال : لا يخير ، فإن القصاص فيما دون النفس يعتمد المساواة في المحل ولا ينظر إلى الصغر والكبر كما في اليد الكبيرة والصغيرة ، كذا في شرح الكاكي . وذكر الزيلعي الفرق في شرح الكنز في مسئلة قطع اليد وقال : لم يعتبر هنا الكبر والصغر في العضو ، واعتبر في الشجرة في الرأس إذا كانت استوعبت رأس المشجوع وهي لا تستوعب رأس الشاج ، فأثبت للمشجوع الخيار ، إن شاء أخذ الأرض ، وإن شاء اقتض وأخذ بقدر شجته ، وإنما كان كذلك لأن ما يلحقه من الشين أكثر ، لأن الشجرة المستوعبة لما بين قرنيه أكثر شيئا من الشجرة التي لا تستوعب قرنيه ، بخلاف قطع العضو فإن الشين فيه لا يختلف ، وكذا منفعة لا تختلف فلم يكن له إلا القصاص

سرقه حيث يجب عليه الأرض لأنه أوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى . قال (ومن شجّ رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي لاتستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالحيار : إن شاء اقتص بمقدار شجته يبتدىء من أتى الجانبين شاء ، وإن شاء أخذ الأرض) لأن الشجة موجبة لكونها مشينة فقط فيزداد الشين بزيادتها ، وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ، ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يباحق المشجوج فينتقص فيخير كما في السلاء والصحيحة : وفي عكسه يخير أيضا لأنه يتعذر الاستيفاء كمالا للتعدي إلى غير

ينفي به المماثلة ينبغي أن يعتبر : فقلنا يعتبر من جهة الأكل لثلا يلزم أن يكون باذلا لازيادة في الأطراف : ولا يعتبر من جهة الأنقص لأنه إسقاط والإسقاط جائز دون البذل بالأطراف انتهى . أقول : فيه بحث . أما أولا فلأن مذكوره من أن التفاوت المالى يجب أن يعتبر مانعا مطلقا ، وأما ما ليس تفاوتا ماليا بل موجبا للتفاوت في المنفعة كالشلل فيعتبر مانعا من جهة الأكمل ولا يعتبر مانعا من جهة الأنقص تحكم بحث ، لأن العلة التي أقامها على أن الثاني لا يعتبر من جهة الأنقص وهي أنه إسقاط والإسقاط جائز في الأطراف دون البذل متمشية بعينها في الأول أيضا . إذ لا شك أنه كما يجوز للإنسان إسقاط حقه في المنفعة يجوز له إسقاط حقه المالى أيضا بلا تفاوت بينهما ، فينبغي أن لا يعتبر التفاوت المالى أيضا مانعا من جهة الأنقص . وأما ثانيا فلأن كون الشلل مما لا يوجب التفاوت المالى ممنوع : كيف وقيدة اليد تتفاوت بالصحة والشلل قطعا . فإن الشرع جعل أرض اليد الصحيحة نصف دية النفس وجعل أرض اليد السلاء حكومة عدل كما صرحوا به في الديات وأشار إليه صاحب العناية هاهنا أيضا حيث قال في أثناء تعليل المسئلة التي نحن فيها : ولأن أرض الأطراف تختلف فصارت كالصحيح والأشل . وقال صاحب النهاية في دفع الإشكال المذكور : قلنا نعم إذا كان التفاوت بسبب حسي كالشلل وفوات بعض الأصابع فهو كما قلت : يعنى يمنع استيفاء الأكمل بالأنقص دون العكس ، فأما إذا كان التفاوت بمعنى حكى فإنه يمنع استيفاء كل واحد منهما بصاحبه كاليمين مع اليسار وهذا المعنى وهو أن التفاوت إذا كان لمعنى حسي فن له الحق إذا رضى بالاستيفاء يجعل مبرئا لبعض حقه مستوفيا لما بقى وذلك جائز ، ولهذا لا يستوفى الأكمل بالأنقص وإن رضى به القاطع ، لأنه لا يكون بالرضا باذلا لازيادة ، ولا يحل استيفاء الطرف بالبذل . فأما إذا كان التفاوت بمعنى حكى فلا وجه لتمكنه من الاستيفاء منها بطريق إسقاط البعض ولا بطريق البذل انتهى . واقفى أثره صاحب معراج الدراية وصاحب العناية . أقول : وفيه أيضا بحث ، إذ الفرق بين التفاوت الحسى وبين التفاوت الحكى في استيفاء الأنقص بالأكمل تحكم أيضا ، فإنه إذا تقرر التفاوت بين الشيتين بالكمال والنقصان فصاحب الأكمل إن رضى بأن يستوفى في الأنقص من صاحب الأنقص بمقابلة الأكمل يصير مسقطا لبعض حقه مستوفيا لما بقى بالضرورة ، سواء كان ذلك التفاوت أمرا حسيا أو أمرا حكما . وأما صاحب الأنقص ، فإن رضى بأن يستوفى منه صاحب الأنقص الأكمل بمقابلة الأنقص يصير باذلا لازيادة حقه بالضرورة أيضا بلا تفاوت بين كون سبب التفاوت حسيا أو حكما ، والبذل في الأطراف غير جائز بلا خلاف . وأما إسقاط الحق بالرضا والاختيار فجائز في جميع الأمور ، فلا مجال للفرق المزبور . فإن قلت : السبب الحكى لا يفيد التفاوت الحقيقى ، وإسقاط البعض وبذل الزيادة فرع التفاوت الحقيقى فهذا مدار الفرق المذكور . قلت : لانسلم أن إسقاط بعض الحق وبذل زيادته فرع التفاوت الحسى الحقيقى ، فإن كثيرا من الحقوق الشرعية الغير الحسية يجرى فيها الكمال والنقصان ، فلا جرم يكون الرضا بالنقص منها عند استحقاقه الكامل إسقاطا لبعض الحق ، ويكون إيفاء الكامل منها

(ومن شجّ رجلا) قد قررناه في الفرق بينه وبين من قطع يد رجل ويد القاطع أكبر من يده فلا حاجة إلى إعادته . وقوله (وفي عكسه يخير أيضا) وهو أن يكون رأس المشجوج أكبر من رأس الشاج لأنه إن استوفى المشجوج مثل حقه مساحة كان

لوجود المساواة فيه من كل وجه انتهى (قال المصنف : لأن الشجة موجبة لكونها مشينة فقط) أقول : يعنى لكونها مفوتة للمفعة ، إذ ليس فيها تفويت للمفعة كما في قطع اليد ، ففيه إشارة إلى الفرق بينهما فتأمل .

حقه ، وكذا إذا كانت الشجة في طول الرأس وهي تأخذ من جبهته إلى قفاه ولا تبلغ إلى قفا الشاج فهو بالخيار لأن المعنى لا يختلف . قال (ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر) وعن أبي يوسف أنه إذا قطع من أصله يجب لأنه يمكن اعتبار المساواة . ولنا أنه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة (إلا أن تقطع الحشفة) لأن موضع القطع معلوم كالمفصل ، ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر فلا قصاص فيه لأن البعض لا يعلم مقداره ، بخلاف الأذن إذا قطع كله أو بعضه لأنه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة . والشفة إذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لإمكان اعتبار المساواة . بخلاف ما إذا قطع بعضها لأنه يتعذر اعتبارها .

(فصل)

قال (وإذا اصطلاح القاتل وأولياء القتيل على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان أو كثيرا) لقوله تعالى - فمن عفى له من أخيه شيء - الآية على ما قيل نزلت الآية في الصلح . وقوله عليه الصلاة والسلام

بدل الناقص بدلا لازيادة . كيف ولو سلم ذلك لزم أن لا يتم أصل دليل المسئلة التي نحن بصدها ، فإن مدار ذلك على انعدام التماثل في الأطراف بتحقيق التفاوت الحكمي بينها . وقال صاحب الكفاية في دفع ذلك الإشكال : قلنا شرع القصاص في الأصل يعتمد المساواة ، فإن كان النقصان ثابتا باعتبار الأصل كنقصان طرف الأثني والعبد من طرف الذكر والحر منع شرع القصاص لانتهاء محله ، وإن كان التساوي في الأصل ثابتا والتفاوت باعتبار أمر عارض كان القصاص مشروعا فيمنع استيفاء الكامل بالناقص دون عكسه إذا رضى به صاحبه الحق انتهى . ويقرب من هذا رأى تاج الشريعة في الفرق بين المثلتين . أقول : وفيه أيضا بحث ، لأنه إن أريد أن شرع القصاص يعتمد المساواة بحسب الأصل ولا اعتبار للتفاوت بحسب أمر عارض يلزم أن يجوز استيفاء الكامل وهو الصحيح بالناقص وهو الأشل ، كما يجوز عكسه لأنها متساويان بحسب أصل الخلقة ، والتفاوت بينها بحسب أمر عارض وهو الشلل مع أنه لا يجوز استيفاء الكامل بالناقص بلا ريب ، وإن أريد أن شرع القصاص يعتمد المساواة من كل الوجوه لكن يجوز استيفاء الناقص بالكامل إذا رضى صاحب الحق به لرضا صاحب الحق بإسقاط بعض حقه لا لتحقيق المساواة المعتبرة في شرع القصاص فمع إبقاء عبارة الجواب المذكور عنه جدا يلزم أن يجوز استيفاء طرف المرأة بطرف الرجل أيضا إذا رضى الرجل به لوجود رضا صاحب الحق بإسقاط بعض حقه في هاتيك الصورة أيضا مع أنه لا يجوز عندنا أصلا فتأمل حتى التأمل ، فاعل حل هذا المقام على وجه يرتفع به الإشكال عنه بالمرّة مما تسكب فيه العبارات .

(فصل)

قال في العناية : لما كان تصوّر الصلح بعد تصوّر الجنابة وموجبها أتبعه ذلك في فصل على حدة انتهى . أقول : فيه كلام

أزيد في الشين من الأول ، وإن اقتصر على ما يكون مثل الأول في الشين كان دون حقه فيتخير بين الاقتصاص وأخذ الأرش ، والباقي إلى آخره ظاهر .

(فصل)

لما كان تصوّر الصلح بعد تصوّر الجنابة وموجبها أتبعه ذلك في فصل على حدة (إذا اصطلاح القاتل وأولياء المقتول عن القصاص على مال سقط القصاص ووجب المال المسمى قليلا كان أو كثيرا) قلنا على مقدار الدية لقوله تعالى - فمن عفى له من أخيه شيء - الآية على ما قيل إنها نزلت في الصلح) وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك ومجاهد وهو موافق للام ، فإن عفا

(فصل وإذا اصطلاح القاتل)

« من قتل له قتيلاً الحديث ، والمراد والله أعلم الأخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه ، ولأنه حق ثابت للورثة يجرى فيه الإسقاط عفواً فكذا تعويضاً لاشتماله على إحسان الأولياء وإحياء القاتل فيجوز بالتراضي . والقابل والكثير فيه سواء لأنه ليس فيه نص مقدر فيفوض إلى اصطلاحهما كالخلع وغيره . وإن لم يذكروا حالاً ولا موجباً بالعقد . قال (وإن كان القاتل حراً وعبداً فأمر الحرّ ومولى العبد رجلاً بأن يصلح عن دمه على ألف درهم ففعل فالألف على الحرّ والمولى نصفان) لأن عقد الصلح أضيف إليهما (وإذا عفا أحد الشركاء من الدم أو صلح من نصيبه على عوض سقط حق الباقيين عن القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية .

أما أولاً فلأن الصلح عن القصاص مسألة واحدة من مسائل هذا الفصل ، وبيان وجه اتباع هذه المسئلة وحدها لا يكفي في اتباع جميع ما شمله هذا الفصل من المسائل الكثيرة المختلفة كما ترى . وأما ثانياً فلأن كون تصور الصلح عن الجناية بعد تصور الجناية ، وموجبها إنما يقتضي مجرد اتباعه ذلك وتأخير عنه لا ذكره في فصل على حدة ، فما معنى قوله في تالي الشرطية المذكورة أتبعه ذلك في فصل على حدة (قوله ولأنه حق ثابت للورثة يجرى فيه الإسقاط عفواً فكذلك تعويضاً) أقول : لقائل أن يقول : لا يلزم من جريان الإسقاط عفواً في شيء جريانه تعويضاً أيضاً فيه ؛ ألا يرى أن للشفيع إسقاط حق شفيعته بلا عوض بعد أن ثبت له حق الشفعة ، ولا يصح أن يصلح عن حق شفيعته على مال كما مر في كتاب الصلح فليتأمل في الدفع (قوله وإذا عفا أحد الشركاء من الدم أو صلح من نصيبه على عوض سقط حق الباقيين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية) أقول : في عبارة الكتاب هاهنا فتور من وجوه : الأول أن كلمة عفا تعدى بمن وقد عداها في الكتاب بمن حيث قال من الدم . والثاني أنه يقال صلح عن كذا على عوض ، وذكر في الكتاب كلمة من موضع كلمة عن حيث قال : أو صلح من نصيبه على عوض . والثالث أن عبارة النصيب في قوله أو صلح من نصيبه توهم تجزئ القصاص لأن النصيب هو الحصصة ، وقد تقرّر فيما مر أن القصاص غير متجزئ فثبت كلاً لكل واحد من أولياء القتل ، فالأظهر في وضع هذه المسئلة أن يقال : وإذا عفا أحد الشركاء من الدم أو صلح عن حقه على عوض سقط حق الباقيين في القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية ، والتعبير بالنصيب إنما أصاب الحق في قوله وكان لهم نصيبهم من الدية لأن الدية متجزئة لكونها من قبيل الأموال فكان لكل واحد منهم نصيب منها بقدر حقه من الإرث . وأما حق التعبير في شأن القصاص فأن يذكر لفظ الحق بدل لفظ النصيب كما نبهنا عليه وعن هذا قال المصنف عند تقرير دليلنا على هذه المسئلة . ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقيين فيه لأنه لا يتجزأ .

إذا استعمل باللام كان معناه البذل : أي فمن أعطى من جهة أخيه المقتول شيئاً من المال بطريق الصلح فاتبع : أي فمن أعطى وهو ولي القتل مطالبة بدل الصلح عن مجاملة وحسن معاملة . وإنما قال على ما قيل لأن أكثر المفسرين على أنها في عفو بعض الأولياء ، ويدل عليه قوله شيء فإنه يراد به البعض ، وتقديره فمن عفى عنه وهو القاتل من أخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بأن كان للقتيل أولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقيين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث ، وهو مروى عن عمر وابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم : فاتبع بالمعروف : أي فليتبع غير العافي بطلب حصته بقدر حقه ، وليؤد القاتل إليه حقه وأما من غير نقص ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « من قتل له قتيلاً فأهله بين خيرتين : إن شاءوا قادوا ، وإن شاءوا أخذوا الدية » قال المصنف رحمه الله (والمراد والله أعلم الأخذ بالرضا على ما بيناه) يعني أنه ليس للولي العدول إلى المال إلا برضا القاتل وهو الصلح بعينه والباقي ظاهر . وقوله (نص مقدر) بكسر الدال . وقوله (كالخلع وغيره) يعني كالإعتاق على مال .

(قوله فإنه يراد به البعض) أقول : يوم تجزئ القصاص .

وأصل هذا أن القصاص حق لجميع الورثة ، وكذا الدية خلافاً لمالك والشافعي في الزوجين . لهما أن الورثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت ، ولنا « أنه عليه الصلاة والسلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي من عقل زوجها أشيم » ،

قوله (وأصل هذا أن القصاص حق لجميع الورثة وكذا الدية خلافاً لمالك والشافعي في الزوجين) قال صاحب النهاية : هذا اللفظ كما ترى يدل على أنه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعاً عندهما . ونقل عن المبسوط والإيضاح والأسرار ما يدل على أن خلاف مالك في الزوجين في الدية خاصة . وأما في حق القصاص ففيه خلاف ابن أبي ليلى في الزوجين . ونقل عن الأسرار أن الشافعي يقول : لا حظ للنساء في استيفاء القصاص ولهن حق العفو . ثم قال : وبهذا يعلم أن ما ذكره في الكتاب من أنه لاحظ للزوجين في القصاص والدية عند مالك والشافعي مخالف لرواية المبسوط والإيضاح والأسرار : أقول : فيه نظر . لأن ما ذكر في الكتاب إنما يكون مخالفاً لرواية تلك الكتب لو كان معناه أنه لاحق للزوجين في القصاص والدية جميعاً عند مالك والشافعي ، وهو غير مسلم لجواز أن يكون قول المصنف خلافاً لمالك والشافعي في الزوجين متعلقاً بقوله وكذا الدية وحده لا بمجموع قوله وأصل هذا أن القصاص حق لجميع الورثة وكذا الدية ، ولا يخلو عن نوع إرشاد إليه فصل قوله وكذا الدية بذكر لفظة كذا ، إذ لو كان مراده الجمع بين القصاص والدية في بيان الخلاف أيضاً لقال : وأصل هذا أن القصاص والدية حق لجميع الورثة خلافاً لمالك والشافعي في الزوجين . وعن هذا قال تاج الشريعة في شرح قوله خلافاً لمالك والشافعي في الزوجين : فعندهما لا يرث الزوج والزوجة من الدية شيئاً لأن وجوبه بعد الموت والزوجة تنقطع به انتهى . حيث لم يتعرض للقصاص في شرح ذلك ، ويوافقه تحرير صاحب الكافي هاهنا حيث قال : والأصل أن القصاص حق الورثة وكذا الدية . وقال مالك والشافعي : لا يرث الزوجان من الدية شيئاً انتهى . وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية : وهو مواخذة ضعيفة لأنه لا يلزم من المخالفة لها عدم صحة ما نقله ، والمشهور من مذهبه ما نقله انتهى . أقول : بل ما ذكره نفسه ضعيف ، لأن صاحب النهاية لم يدع عدم صحة ما في الكتاب بالكلية ، بل أراد بيان مخالفته لما في الكتب الثلاثة المعتبرة المقبولة بين الفقهاء لا سيما المبسوط والأسرار فلما صاحبهما من أساطين الأئمة ، ولا نسلم أن المشهور من مذهب مالك والشافعي أن ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعاً ، بل المشهور من مذهبه ما ذكر في تلك الكتب ، فالأوجه التوفيق بين ما ذكر فيها وبين ما ذكر في الكتاب بما نهى عليه آفا (قوله ولنا أنه عليه الصلاة والسلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها أشيم) أقول : فيه شيء ، وهو أن هذا

وقوله (خلافاً لمالك والشافعي رحمهما الله في الزوجين) قال في النهاية : هذا اللفظ كما ترى يدل على أنه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعاً عندهما . ونقل عن المبسوط والإيضاح والأسرار ما يدل على خلاف مالك في الدية خاصة وأن الشافعي يقول : النساء لا تستوفى القصاص ولهن حق العفو . ثم قال : وبهذا يعلم أن ما ذكره في الكتاب من أنه لاحظ للزوجين في القصاص والدية عند مالك والشافعي مخالف لرواية المبسوط والإيضاح والأسرار ، وهو مواخذة ضعيفة لأنه لا يلزم من المخالفة لها عدم صحة ما نقله ، والمشهور من مذهبه ما نقله . وقوله (لهما أن الورثة خلافة) يستلزم عدم توريث أحد الزوجين من الآخر شيئاً وهو باطل ، ولكن يحمل على أن معناه (الورثة فيما يجب بعد الموت خلافة وهي فيه بالنسب لا السبب لانقطاعه بالموت والقصاص والدية إنما يجبان بعد الموت . وقلنا : إنه فاسد بالنقل والعقل ، أما الأول فحديث امرأة أشيم الضبابي بكسر الضاد المعجمة كما

(قوله وأن الشافعي يقول : النساء لا تستوفى القصاص الخ) أقول : هذا وجه للشافعي ، وما ذكره المصنف في القصاص وجه آخر ، ذكر ذلك في كتبهم ، والصحيح مقابلهما (قوله والمشهور من مذهبه ما نقله) : بل الصحيح من مذهب الشافعي ثبوت حق القصاص والدية لكل وارث كما هو مذهبهما به صرح في كتبهم (قوله وقوله لهما أن الورثة خلافة يستلزم عدم توريث أحد الزوجين من الآخر) أقول : ولا المولى الممتق وعصبته ، لكن لهما أن يقولوا : القياس عدم التوريث ، والتوريث ثبت بالنص على خلاف القياس فيما ملكه المورث وتركه فيقتصر على مورده (قوله الورثة فيما يجب بعد الموت خلافة وهي فيه الخ) أقول : قوله وهي راجع إلى الورثة ، وضهير

ولأنه حق يجرى فيه الإرث . حتى أن من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة ، والزوجية تبقى بعد الموت حكماً في حق الإرث أو يثبت بعد الموت مستنداً إلى سببه وهو الجرح ، وإذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والإسقاط عفواً وصلحاً ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقي فيه . لأنه لا يتجزأ . بخلاف ما إذا قتل رجلين وعفا أحد الوليين لأن الواجب هناك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وهاهنا واحد لاتحادهما . وإذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقيين مالا لأنه امتنع لمعنى راجع إلى القتيل ، وليس للعاق شيء من المال لأنه أسقط حقه بعمله ورضاه ، ثم يجب ما يجب من المال في ثلاث سنين . وقال زفر : يجب في سنتين فيما إذا كان بين الشريكين وعفا أحدهما . لأن الواجب نصف الدية فيعتبر بما إذا قطعت يده خطأ .

الدليل لا يفيد تمام المدعى هاهنا ، فإنه إنما يدل على ثبوت الاستحقاق بالزوجية في حق الدية ، ولا يدل على ثبوت ذلك في حق القصاص ، والعمدة هاهنا هو الثاني . وإنما ذكر الآخر استطراداً كما ترى (قوله ولأنه حق يجرى فيه الإرث ، حتى أن من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة) أقول : فيه أيضاً شيء ، وهو أن هذا التعليل وإن كان يتمشى في القصاص أيضاً إلا أنه لا يتمشى فيه على أصل أبي حنيفة ، وإنما يتمشى فيه على أصل أبي يوسف ومحمد ، فإنه سيجيء في أول باب الشهادة في القتل أن القصاص طريقه طريق الوراثة عندهما كالدين والدية ، وأما عنده فطريقه طريق الخلافة دون الوراثة فلا يصح أن يقال من قبله إنه حق يجرى فيه الإرث مع أن المدعى هاهنا وهو قوله وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية مما اتفق عليه أئمتنا قاطبة فكيف يتم تعليل المتفق عليه بالمتخلف فيه . وقول المصنف في تتمته : حتى أن من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن لا يحدى نفعاً لأنه إنما يدل على جريان الإرث فيه من غير المقتول ، ولا كلام فيه إذ لا خلاف فيه بين أئمتنا الثلاثة ، فإن حق القصاص هناك يثبت عندهم جميعاً للمورث الغير المقتول قبل موته ووراثته من المقتول عندهما وخلافة عنه لا وراثته عند أبي حنيفة ، بخلاف المقتول فإن حق القصاص لا يثبت له قبل موته عنده ، بل إنما يثبت عنده بعد موته لورثته ابتداء لتسنى الصدور كما ستطلع على تفصيله في بابه . والكلام هاهنا في وروثة نفس المقتول فلا يتم التقريب على أصله فليتأمل ، ثم إن صاحب العناية قال في شرح هذا التعليل : وأما الثاني فلأنهما موروثان كسائر الأموال بالاتفاق فيجب أن يكونا في حق الزوجين كذلك لأن وجوبهما أولاً للميت ، ثم يثبت للورثة ولا يقع للميت إلا بأن يسند الوجوب إلى سببه وهو الجرح ، فكانا كسائر الأموال في ثبوتها قبل الموت انتهى . أقول : قد زاد هذا

ذكره في الكتاب ، وأما الثاني فلأنهما موروثان كسائر الأموال بالاتفاق ، فيجب أن يكونا في حق الزوجين كذلك لأن وجوبهما أولاً للميت ثم يثبت للورثة ولا يقع للميت إلا بأن يسند الوجوب إلى سببه وهو الجرح فكانا كسائر الأموال في ثبوتها قبل الموت ، ألا ترى أنه إذا أوصى بثلاث ماله دخلت دينته فيها وتقضى منه ديونه . وكان على رضى الله عنه يقسم الدية على من أحرز الميراث وكفى به قدوة ، وإذا ثبت ذلك فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والعفو والباقي واضح . وقوله (لأن الواجب نصف الدية) يعني بالعفو فيكون في السنة الأولى الثلث وفي الثانية السدس كما إذا قطع يد إنسان خطأ . قلنا : الواجب بعض بدل الدم لا بديل الجزء ، وكله مؤجل إلى ثلاث سنين ، فكذا بعضه كالألف المؤجلة إلى ثلاث سنين . فإن كل درهم منها كذلك .

فيه راجع إلى « ما » في قوله فيما يجب (قال المصنف : لأنه لا يتجزأ) أقول : فيه بحث ، لأن قضية عدم التجزئ أن يسقط في حق العاق كلاماً كثبوت له كلاماً ، ولا يستلزم ذلك سقوط حق الباقيين ، إلا أن يقال : لما كان الحق واحداً أورث سقوطه في حق البعض شبهة السقوط في حق الباقيين لثبوتهم من وجه دون وجه فليتأمل ، ويمكن توجيه كلام المصنف بذلك (قوله كالألف المؤجلة إلى ثلاث سنين فإن كل درهم منها كذلك)

ولنا أن هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل إلى ثلاث سنين فكذلك بعضه : والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لأنه عمد . قال (وإذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتصر من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه فيه : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلهم) ،

الشارح هاهنا نعمة في التطيور حيث زاد فسادا على فساد . لأنه مع إتيانه في تضاعيف شرحه بما يقرر أن لا يتم هذا التعليل على أصل أي حنيفة وهو قوله لأن وجوبهما أوالاللميت ثم يثبت للورثة صرح بأنهما يعني القصاص والدية موروثان كسائر الأموال بالاتفاق . وقد عرفت أن القصاص ليس بموروث من المقتول عند أي حنيفة . بخلاف سائر الأموال فالنصر صريح بالاتفاق فساد فوق فساد . والله الهادي إلى سبيل الرشاد (قوله وإذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتصر من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه فيه : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلهم) قال صاحب النهاية : هذا جواب الاستحسان . وفي القياس : لا يلزم مهم القصاص لأن المعتبر في القصاص المساواة لما في الزيادة من الظلم على المعتدى وفي القصاص من البخس بحق المعتدى عليه . ولا مساواة بين العشرة والواحد هذا شيء يعلم ببداية العقل . فالواحد من العشرة يكون مثلا للواحد فكيف تكون العشرة مثلا للواحد . وأيد هذا القياس قوله تعالى - وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس - وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس . ولكن تركنا هذا القياس لما روى أن سبعة من أهل أهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رضي الله عنه بالقصاص عليهم وقال : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلهم به انتهى كلامه . أقول : فيه بحث : لأنه صرح بأن هذا القياس مؤيد بقوله تعالى - وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس - وقال في بيانه : وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس ، فعلى ذلك يلزم من ترك هذا القياس ترك العمل بمذلول الآية المذكورة . وذلك لا يجوز بما روى عن عمر رضي الله عنه لأن عمر رضي الله عنه إن كان منفردا في قضائه وقوله المزبورين فظاهر ، لأن قول صحابي واحد وفعله لا يصلحان للمعارضة لكتاب الله تعالى فضلا عن الرجحان عليه ، وإن انضم إليه إجماع الصحابة حيث كانوا متوافرين ولم ينكر عليه أحد منهم فحل محل الإجماع كما صرح به في العناية وغيرها فكذلك ، إذ قد تقرر في علم أصول الفقه أن الإجماع لا يكون

وقوله (والواجب في اليد) جواب اعتباره وهو واضح . قال (وإذا قتل جماعة واحدا الخ) إذا تعدد القاتل اقتصر من جميعهم ، والقياس لا يقتضيه لانتفاء المساواة . لكنه ترك بما روى أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رضي الله عنه بالقصاص عليهم وقال : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلهم . والمألو التعاون ، وصنعاء اليمين : قصبتها . وروى عن علي رضي الله عنه أنه قتل ثلاثة بواحد . وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قتل جماعة بواحد ، وكانت الصحابة رضي الله عنهم متوافرين ولم ينكر عليهم أحد فحل محل الإجماع . ولأن القتل بطريق التغالب غالب فإن القتل بغير حق لا يتحقق غالبا إلا بالاجتماع ، لأن الواحد يقاوم الواحد ، وما غلب وقوعه من الفساد يوجب مزجرة فيجب القصاص تحقيقا لحكمة الإحياء ، فإنه لو لم يجب لما عجز المفسد عن أن يجمع عليه أمثاله ويقتل لعلمه أن لا قصاص فيؤدى إلى سد باب القصاص . ولقائل أن يقول : ما ذكرتم من المعقول إن لم يكن قياسا على مجمع عليه لا يكون معتبرا في الشرع ، وإن كان فلا يربو على القياس المفتضى لعدم المؤيد بقوله تعالى - أن النفس بالنفس - والجواب أنه قياس على سائر أبواب العقوبات المترتبة على ما يوجب الفساد من أفعال العباد ، ويربو

أقول : فيه شيء جوابه سهل (قال المصنف : وإذا قتل جماعة واحدا اقتصر من جماعتهم لقول عمر رضي الله عنه : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلهم) أقول : فإن قيل : لم يستدل بقوله تعالى - كتب عليكم القصاص في القتل - قلنا : لأن مقابلة الجمع بالجمع تقتضي انقسام الآحاد على الآحاد تأمل . ثم في قوله لقول عمر رضي الله عنه : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلهم بحث ، لأنه يجوز أن يكون بطريق السنياسة بقرينة الإضافة إلى نفسه كما سبق في باب ما يوجب القصاص (قال المصنف : ولأن القتل بطريق التغالب غالب ، والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الإحياء) أقول : تقرير الدليل القتل بطريق التغالب فساد غالب ، وكل فساد غالب يحتاج إلى مزجرة للسفهاء ، فالقتل بطريق التغالب يحتاج إلى مزجرة ، ومزجرة القتل العمدة هو القصاص (قوله لا يكون معتبرا في الشرع) أقول : لأن العقوبات لا تثبت إلا بمثل هذه الأقيسة (قوله وإن كان فلا يربو على القياس المفتضى لعدم) أقول : وهو انتفاء المائلة والمساواة .

ولأن القتل بطريق التغالب غالب ، والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقاً لحكمة الإحياء (وإذا قتل واحد جماعة فحضر أولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك ، فإن حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقيين) وقال الشافعي : يقتل بالأول منهم وينب للباقيين المال ، وإن اجتمعوا ولم يعرف الأول قتل لهم وقسمت الديات بينهم ، وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته . له أن الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل ، وهو القياس في الفصل الأول : إلا أنه عرف بالشرع . ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل أصله الفصل الأول . إذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص .

ناخداً للكتاب ولا السنة كما لا يكون القياس ناخداً لشيء منهما : فالحق في أسلوب تحرير هذا المقام أن لا يتعرض لحديث كون الآية المذكورة مؤيدة لما في مقتضى القياس في هذه المسئلة وأن يبين عدم المناقاة بين مدلول تلك الآية وبين جواب الاستحسان هاهنا ، وسيجيء منا الكلام في التوفيق بينهما بعيد هذا القول (قوله ولأن القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقاً لحكمة الإحياء) قال صاحب العناية : لقائل أن يقول : ما ذكرتم من المعقول إن لم يكن قياساً على مجمع عليه لا يكون معتبراً في الشرع ، وإن كان فلا يربو على القياس المقتضى لعدم المؤيد بقوله تعالى - أن النفس بالنفس - والجواب أنه قياس على سائر أبواب العقوبات المترتبة على ما يوجب الفساد من أفعال العباد ويربو على ذلك بقوة أثره الباطن وهو إحياء حكمة الإحياء ، وقوله تعالى - أن النفس بالنفس - لا ينافيه لأنهم في إزهاق الروح الغير المتجزئ كشخص واحد انتهى كلامه أقول : فيه نظر ، لأن جعل الأشخاص المتعددة الذوات في الحقيقة كشخص واحد بمجرد صدور إزهاق الروح الغير المتجزئ عن مجموعهم وجعلهم مساوين لشخص واحد بحيث يتحقق بين ذلك الشخص الواحد وبين هؤلاء الجماعة مماثلة معتبرة في القصاص بعيد جداً عن مساعدة العقل والنقل ، وأيضاً يتأني هذا ما سيأتى في تعليل المسئلة الآتية من أن الأصل عند أئمتنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فكان الصادر منهم بهذا الاعتبار قتلات متعددة على عدد رؤوسهم فحصلت المماثلة المعتبرة في القصاص . والحق عندى هنا أن يقال : إن قوله تعالى - أن النفس بالنفس - لا ينافي ما قالوا في هذه المسئلة إذ لا دلالة فيه على اعتبار الوحدة في النفس ، بل فيه مجرد مقابلة جنس النفس بجنس النفس كما ترى ، والمقصود منه الاحتراز عن أن يقتصر النفس بغير النفس كما في قوله تعالى والعين بالعين والأنف بالأنف ونحوهما وأما أنه هل يتحقق المماثلة المعتبرة في القصاص عند تعدد النفس في جانب القتائل أو المقتول فلنما يستفاد ذلك من دليل آخر ؛ ألا يرى أن العين اليمنى لا تقتصر بالعين اليسرى وكذا العكس ، مع أن قوله تعالى - والعين بالعين - لا يدل عليه نظراً إلى ظاهر إطلاقه ، بل إنما يستفاد ذلك من دليل آخر فكذا هنا تبصر (قوله ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل أصله الفصل الأول إذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص)

على ذلك بقوة أثره الباطن وهو إحياء حكمة الإحياء . وقوله تعالى - أن النفس بالنفس - لا ينافيه لأنهم في إزهاق الروح الغير المتجزئ كشخص واحد ، وإذا كانت المسئلة بالعكس وحضر أولياء المقتولين قتل بجماعتهم كما ذكر في الكتاب (وقال الشافعي رحمه الله : يقتل بالأول منهم وينب المال للباقيين) يعني أن قتلهم على التعاقب ، وإن قتلهم جملة أو جهل الأول قتل بهم وقسم الديات بينهم أو يقرع . وقوله (وهو القياس في الفصل الأول) وهو ما إذا قتل جماعة واحداً (إلا أنه عرف بالشرع) يريد قضية عمر رضى الله عنه (ولنا أن كل واحد منهم) أى من أولياء القتلى (قاتل قصاصاً بوصف الكمال لأنه لا يتجزأ أصله الفصل الأول) فإن الجماعة تقتل بالواحد اتفاقاً ، ولو لم يكن بينهما مماثلة لما جاز ذلك ، وإذا كانت الجماعة مثلاً للواحد كان

(قوله وقوله تعالى - أن النفس بالنفس - لا ينافيه لأنهم في إزهاق الروح الغير المتجزئ كشخص واحد) أقول : ويجوز أن يقال : لما أضيف إزهاق الروح إلى كل واحد منهم كلا كان المقتول كأنه أشخاص متعددة ، ولعل هذا أنسب وأظهر مما ذكره الشارح ؛ ألا يرى إلى قوله

ولأنه وجد من كل واحد منهم جرح صالح للإزهاق فيضاف إلى كل منهم إذ هو لا يتجزأ ،

أقول : فيه إشكال . أما أولا فلأن كون كل واحد منهم قاتلا بوصف الكمال أمر متعذر لاستزامه توارد العلل المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص وهو محال كما تقرر في موضعه . وأما ثانيا فلأن شرح الكتاب وغيرهم صرحوا في الفصل الأول بأن جواب المسئلة جواب الاستحسان ، والقياس لا يقتضيه ، لأن المعبر في القصاص المائلة ولا بمائلة بين الواحد والجماعة قطعا بل بديهية ، لكننا تركنا القياس بإجماع الصحابة على قتل جماعة بواحد ، فالقول هاهنا بتحقيق التماثل في الفصل الأول أيضا يناقض ذلك ، إذ يلزم حينئذ أن يكون جواب المسئلة هناك جواب القياس والاستحسان معا . فإن قلت : ليس المراد أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال حقيقة ، بل المراد أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال في اعتبار الشرع تحقيقا للمماثلة المتبعة في القصاص فيحصل الجواب عن وجهي الإشكال معا . قلت : توارد العلتين المستقلتين بالاجتماع على معلول واحد بالشخص ممنوع عقلي ، واعتبار الشرع ماهو ممنوع الوقوع واقعا مما لا وقوع له في شيء ، ولو فرضنا وقوعه لا يظهر له فائدة فيما نحن فيه لأنهم صرحوا بأن شرع المماثلة في القصاص لئلا يلزم الظلم على المعتدى على تقدير الزيادة ، ولئلا يلزم البخس لحق المعتدى عليه على تقدير النقصان ، ولا شك أن الظلم والبخس إنما يندفعان بتحقيق المماثلة الحقيقية . وأما في مجرد اعتبار غير المماثل بمماثلا فلا يخاف الأمر عن الظلم أو البخس حقيقة . وهذا غير واقع بل غير جائز في أحكام الشرع (قوله ولأنه وجد من كل واحد منهم جرح صالح للإزهاق فيضاف إلى كل واحد منهم إذ هو لا يتجزأ) أقول : لقائل أن يقول : حاصل هذا الدليل بيان وجه قوله في الدليل الأول أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فلا وجه لجعله دليلا مستقلا معطوفا على الدليل الأول بقوله ولأنه وجد من كل واحد الخ . ثم إن صاحب العناية قال في شرح هذا الدليل : يعني أن القتل جرح صالح لإزهاق الروح ، وقد وجد من كل واحد منهم بحيث لو انفرد عن الباقيين كان قاتلا بصفة الكمال . والحكم إذا حصل عقيب علل لابد من الإضافة إليها ، فلما أن يضاف إليها توزيعا أو كملا ، والأول باطل لعدم التجزئ فتعين الثاني ، ولهذا لو حلف جماعة كل واحد منهم أن لا يقتل فلانا فاجتمعوا على قتله حثوا انتهى . أقول : فيه نظر ، لأنه لا يلزم من أن لا يجوز إضافة القتل إلى تلك العلل توزيعا بناء على أن القتل لا يتجزأ تعين أن يضاف إلى كل واحد منهم كملا ، بل يجوز أن يضاف كملا إلى مجموع تلك العلل من حيث هي مجموع بل هو الظاهر لئلا يلزم توارد العلل المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص فحينئذ لا يتم المطلوب كما لا يخفى . ويمكن توجيه مسئلة الحلف بأن مدار الأيمان على العرف كما صرحوا به في محله ، فإذا اجتمعت جماعة على قتل رجل ووجد من كل واحد منهم جرح صالح لإزهاق الروح يقال لكل واحد منهم في العرف أنه قتل فلانا ، وإن كان القتل في الحقيقة كملا مضافا إلى مجموعهم من حيث هو مجموع ، فجاز أن يكون بناء حث كل واحد منهم في مسئلة الحلف على العرف . وأما القصاص فالمعتبر فيه الحقيقة لا غير . ثم أقول : كل واحد من ذينك الدليلين المذكورين في الكتاب إنما يتمشيان فيما إذا حضر أولياء المقتولين وقتلوا القاتل جملة ، وأما فيما إذا حضر واحد منهم وقتل القاتل وحده فسقط حق الباقيين كما ذكر أيضا في الكتاب فلا تتمشية لشيء منهما ، إذ لا يتصور أن يقال لأحد من الباقيين الغير الحاضرين الذين لم يباشروا القتل أصلا إنه قاتل ، فضلا عن أن يقال أنه قاتل بوصف الكمال ، وكذا لا يتصور أن يقال لأحد منهم إنه وجد منه جرح صالح للإزهاق . فينبغي أن يجب للباقيين المسال

العكس كذلك ، لأن المماثلة بين الشئيين إنما تكون من الجانبين . قوله (ولأنه وجد من كل واحد منهم جرح الخ) يعني أن القتل جرح صالح لإزهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم ، بحيث أنه لو انفرد عن الباقيين كان قاتلا بصفة الكمال ، والحكم إذا حصل عقيب علل لابد من الإضافة إليها ، فلما أن يضاف إليها توزيعا أو كملا ، والأول باطل لعدم التجزئ فتعين الثاني ،

ولنا أن كل واحد قاتل بوصف الكمال الخ (قال المصنف : ولأنه وجد من كل واحد جرح صالح للإزهاق) أقول : هذا الوجه تفصيل وشرح للوجه الأول كما لا يخفى .

ولأن القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الإحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به . قال (ومن يجب عليه القصاص إذا مات سقط القصاص) لفوات محل الاستيفاء فأشبه موت العبد الجاني . ويتأق في خلاف الشافعي إذ الواجب أحدهما عنده . قال (وإذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية) وقال الشافعي : تقطع يدهما . والمفروض إذا أخذ سكيناً وأمره على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالأنفس : والأيدى تابعة لها فأخذت حكمها ، أو يجمع بينهما بجامع الزجر . ولنا أن كل واحد منهما قاطع بعض اليد ، لأن الانقطاع حصل باعتماديهما والحل متجزئ فيضاف إلى كل واحد منهما البعض فلا مماثلة . بخلاف النفس لأن الانزهاق لا يتجزأ ، ولأن القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث ، والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره إلى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث . قال (وعليهما نصف الدية) لأنه دية اليد الواحدة وهما قطعاً (وإن قطع واحد يميني رجلين فحضرأ فلهما أن يقطعا يده ويأخذاً منه نصف الدية يقسمانه نصفين سواء قطعهما معا أو على التعاقب) وقال الشافعي : في التعاقب يقطع بالأول . وفي القران يقرع لأن اليد استحقها الأول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن ، وفي القران اليد الواحدة لا تنفي بالحقين فترجح بالقرعة . ولنا أنهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة ، وانقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافي فلا يظهر إلا في حق الاستيفاء

في هذه الصورة فليتأمل (قوله ولأن القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الإحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به) أقول : فيه كلام ، وهو أن تحقيق الإحياء حكمة القصاص ، وبمجرد حصول حكمته لا يتم أمره ، بل لابد من حصول شرائطه أيضاً ، ومن جملة المماثلة : ألا يرى أنه لا يقتل المسلم ولا الذي بالمستأمن ، وكذا لا يقتل أحد بولده ولا بولده ولا بعبده ولا بمذنبه ولا بمكاتبه إلى غير ذلك : مع أن حصول تحقيق الإحياء متصور في جميع ذلك ، وإنما لا يجب القصاص في تلك الصور لانقضاء بعض شرائطه أو لتحقيق بعض موانعه . وعند أن قال الشافعي فيها نحن فيه : إن الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلم يوجد التام الذي هو مبنى القصاص ، كيف يتم أن يقال في مقابلته قد حصل تحقيق الإحياء بقتله فاكتفى به ، ولعل صاحب

ولهذا إذا حلف جماعة كل منهم أن لا يقتل فلانا فاجتمعوا على قتله حثوا (ولأن القصاص شرع مع المنافي) وهو قوله صلى الله عليه وسلم « الآدمي بنيان الرب » ، ملعون من هدم بنيان الرب » (لتحقيق الإحياء وتحقيق الإحياء قد حصل بقتله) أي بقتل القاتل (فاكتفى به) ولا شيء لم غير ذلك . وقوله (ومن يجب عليه القصاص) ظاهر . قال (وإذا قطع رجلان يد رجل واحد الخ) تعدد الجاني في الأطراف ليس كتعدد في النفس عندنا ، فإذا قطع يداً فلا قصاص أصلاً . وقال الشافعي رحمه الله إن وضع أحدهما السكين من جانب الآخر من آخر وأمرأ حتى التقي السكينان فالحكم كذلك ، لأن كلا منهما لم يقطع إلا بعض اليد فلا يقطع به كل يده ، وإن أخذ سكيناً وأمرأها على يده حتى انقطعت قطعت أيديهما اعتباراً بالأنفس ، إما لكونها تابعة لها ، وإما أن يجمع بينهما بجامع الزجر . ولنا أن كلا منهما قاطع بعض اليد سواء كان الحل متحذاً أو مختلفاً ، لأننا نعلم أن ما انقطع بفعل أحدهما لم ينقطع بفعل الآخر ، وقاطع بعض اليد لا يقطع كل يده قصاصاً لانقضاء المماثلة ، وهذا لأن الحل متجزئ فإن قطع بعض وترك بعض متصور فلا يمكن أن يجعل كل واحد فاعلاً كاملاً ، بخلاف النفس فإن الانزهاق لا يتجزأ وقد مر ، والباقي ظاهر . وقوله (وإن قطع واحد يميني رجلين) قيد بذلك ، لأنه لو قطع يمين أحدهما ويسار الآخر قطعت يده . لا يقال : تنفي المماثلة حينئذ ، لأنه ما فوت على كل واحد منهما جنس المنفعة وهو فوتاه عليه ، لأن المعتبر في حق كل واحد ما استفواه ، وليس في ذلك تفويت جنس المنفعة ولا زيادة على حقه . قوله (والقصاص ملك الفعل ثبت مع المنافي) يعني لأن من عليه القصاص حر جواب عن قوله لأن اليد استحقها الأول ، وتقديره أن القصاص ملك الفعل ثبت ضرورة الاستيفاء فلا يتعدى إلى شغل الحل الخالي بتجزئه عنه ، وإذا لم يكن الحل مشغولاً لم يمنع عن ثبوت الثاني ، بخلاف الرهن لأن الحق في الحل لكونه

أما المحل فخلو عنه فلا يمنع ثبوت الثاني . بخلاف الرهن لأن الحق ثابت في المحل . فصار كما إذا قطع العبد يمينيهما على التعاقب فتستحق رقبته لهما : وإن حضر واحد منهما فقطع يده فالآخر عليه نصف الدية . لأن للحاضر أن يستوفي لثبوت حقه وتردد حق الغائب . وإذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لأنه أوفى به حقا مستحقا . قال (وإذا أقر العبد بقتل العمد لزمه القود) وقال زفر : لا يصح إقراره لأنه يلاقى حق المولى بالإبطال فصار كما إذا أقر بالمال . ولنا أنه غير متهم فيه لأنه مضر به فيقبل . ولأن العبد مبقى على أصل الحرية في حق الدم عملا بالآدمية حتى لا يصح إقرار المولى عليه بالحد والقصاص . وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالي به (ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه إلى آخر فماتا فعليه القصاص للأول والديه للثاني على عاقلته) لأن الأول عمد والثاني أحد نوعي الخطأ . كأنه رمى إلى صيد فأصاب آدميا والفعل يتعدّد بتعدّد الأثر .

الكافي فهم ضعف هذا التعليل حيث ترك ذكره مع كون عادته أن يقتنى أثر صاحب الهداية (قوله لأن الأول عمد والثاني أحد نوعي الخطأ) قال صاحب الغاية : وهو خطأ في القصد . أقول : هذا خبط ظاهر . إذ قد مر في الكتاب أن الخطأ على نوعين : خطأ في القصد وهو أن يرى شخصا يظنه صيدا فإذا هو آدمي أو يظنه حريبا فإذا هو مسلم : وخطأ في الفعل وهو أن يرى غرضا فيصيب آدميا . ولا شك أن ما نحن فيه من قبيل الثاني دون الأول . ومن البين فيه قول المصنف هنا كأنه رمى إلى صيد فأصاب آدميا (قوله والفعل يتعدّد بتعدّد الأثر) قال صاحب العناية : قيل فإن الرمي إذا أصاب حيوانا ومزق جلده سمي جرحا : وإن

مملوكا . وقوله (ولتردد حق الآخر) يعني أن حق الحاضر ثابت في اليد ومزاحة الآخر له في الاستيفاء موهومة عسى أن يعفو أو لا يحضر فلا يؤخر المعلوم للموهوم كأحد الشفيعين إذا ادعى الشفعة والآخر غائب يقضى بالجميع له كذلك . وقوله (لأنه أوفى به حقا مستحقا) يعني أنه إذا قضى بجميع طرفه حقا مستحقا عليه فيقضى للآخر بالأرض . وقوله (وإذا أقر العبد بقتل العمد لزمه القود) وإنما قيد بالعمد لأنه أو أقر بالخطأ لا يجوز سواء كان مأذونا أو محجورا . أما المحجور فظاهر : وأما المأذون فلأنه ليس من التجارة . وقوله (حتى لا يصح إقرار المولى عليه بالحد والقصاص) توضيح لبقائه على الحرية . وكل ما لا يصح إقرار المولى على العبد فيه فهو فيه بمنزلة الحر . ولهذا وقع طلاق زوجته بالإقرار لوقوعه بالإيقاع ، وإذا أقر بسبب يوجب الحد يؤخذ به . وقوله (والفعل يتعدّد بتعدّد الأثر) قيل : فإن الرمي إذا أصاب حيوانا ومزق جلده سمي جرحا ، وإن قتله سمي قتلا ، وإن أصاب الكوز وكسره سمي كسرا ، فكذلك يجوز أن يكون بالنسبة إلى محل عمدا وبالنسبة إلى آخر خطأ ، وفيه نظر لأن ذلك تسمية الفعل الواحد بأسماء مختلفة بالنسبة إلى المحال ولا نزاع فيه . وإنما الكلام في أن يتعدّد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين ، والأولى أن يقال : معناه أن الفعل يوصف بوصفين متضادين بالنسبة إلى أمرين ، كالحركة مثلا فإنه يجوز أن توصف بالسرعة بالنسبة إلى حركة وبالبطء بالنسبة إلى أخرى ، فكذا هذا الفعل يوصف بالعمد نظرا إلى قصده بالنسبة إلى الشخص الأول وبالخطأ نظرا إلى عدمه بالنسبة إلى الثاني . ولقائل أن يقول : الخطأ يستلزم إباحة لكونه سببا للكفارة ، وهو لا يكون إلا أمرا دائرا بين الخطر والإباحة ولم يوجد . والجواب أن الخطأ هو تحقق الجناية في إنسان يخالف لظن الجاني ، كمن رمى إلى شيء يظنه صيدا فإذا هو إنسان ، أو لقصده مطلقا كمن رمى إلى هدف فأصاب إنسانا ، وكالذي نحن فيه ، والرمي بالنسبة إلى المخالف لهما كالرمي لا إلى معين وذلك مباح لا محالة ، وإنما قلنا مطلقا ليخرج من قصد قطع يد رجل بسيف فأصاب

(قوله كالحركة مثلا ، فإنه يجوز أن توصف بالسرعة الخ) أقول : السرعة والبطء من الأعراض النسبية ، ولا كذلك العمد والخطأ (قوله وهو لا يكون إلا أمرا دائرا الخ) أقول : قوله هو راجع إلى قوله سببا (قوله أو لقصده مطلقا ، إلى قوله : والرمي بالنسبة إلى المخالف لهما) أقول : قوله أو لقصده معطوف على قوله لظن الجاني ، وقوله لهما ناظر إلى الظن والقصد في قوله لظن الجاني ، وفي قوله أو لقصده مطلقا .

(فصل)

قال (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده أو قطع يده عمدا ثم قتله خطأ أو قطع يده خطأ

قتله سمي قتلا ، وإن أصاب الكوز وكسره سمي كسرا فكذلك يجوز أن يكون بالنسبة إلى محل عمدا وبالنسبة إلى آخر خطأ ، وفيه نظر لأن ذلك تسمية الفعل الواحد بأسام مختلفة بالنسبة إلى المحال ولا نزاع فيه ، وإنما الكلام في أن يتعدّد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين انتهى . أقول : نظره ساقط ، إذ الظاهر أن ما ذكره ذلك القائل تسمية الفعل الواحد بحيثيات انضمام قيود مختلفة وأوصاف متضادة إليه بأسام مختلفة لا تسمية ذلك الفعل الواحد من حيث هو فعل واحد بذلك الأسماء المختلفة ؛ ألا يرى أن الرمي من حيث أصاب الكوز لا يسمى جرحا ولا قتلا بل يسمى كسرا ، وكذا من حيث أنه أصاب حيوانا ومزق جلده أو قتله لا يسمى كسرا بل يسمى جرحا أو قتلا . وإذا تقرر أن اختلاف تلك الأسماء باختلاف الأوصاف المنضمة إلى ذلك الفعل تقرر اختلاف مسميات تلك الأسماء أيضا فكان مناسبا لما نحن فيه مفيدا له . ثم إن قوله وإنما الكلام في أن يتعدّد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين إن أراد به أن الكلام في أن يتعدّد الفعل الواحد بحسب الذات بحيث يصير فعلين مختلفين في الحقيقة فلا نسلم أن الكلام فيه بل لا نسلم إمكان ذلك ، وإن أراد به أن الكلام في أن يتعدّد الفعل الواحد بتعدد الأوصاف المتضادة المنضمة إليه فهو مسلم . لكن هذا التعدد يحصل قطعا بتعدد الأسماء تعددا ناشئا من تعدد المسميات بالحيثيات المختلفة كما هو الواقع ، ومراد ذلك القائل كما عرفت آنفا . ثم قال صاحب العناية : ولقائل أن يقول : الخطأ يستلزم إباحة لكونه سببا للكفارة ، وهو لا يكون إلا أمرا دائرا بين الحظر والإباحة ولم يوجد هنا . والجواب أن الخطأ هو تحقق الإحنية في إنسان يخالف لظن الجاني كمن رمى إلى شيء يظنه صيدا فإذا هو إنسان ، أو لقصد مطلقا كمن رمى إلى هدف فأصابه إنسانا وكالذي نحن فيه ، والرمي بالنسبة إلى المخالف لهما كالرمي لا إلى معين وذلك مباح لاحالة انتهى . أقول : في تحرير جوابه نوع خلل ، فإن تمثيل قوله أو لقصد مطلقا بقوله كمن رمى إلى هدف فأصاب إنسانا ، وكالذي نحن فيه يشعر بأن تكون الإصابة لإنسان عند الرمي إلى هدف وكذا ما نحن فيه من قبيل الخطأ في القصد ، وليس كذلك قطعا إذ كل منهما من قبيل الخطأ في الفعل كما بينا من قبل .

(فصل في حكم الفعلين)

لما ذكر حكم الفعل الواحد ذكر في هذا الفصل حكم الفعلين لأن الاثنين بعد الواحد ، كذا في الشروح (قوله ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده الخ) أقول : لقائل أن يقول : إذا اختلف حكم الفعلين بأن يكون أحدهما عمدا

عنقه ومات فإنه عمد لأنه ليس بمخالف للمقصود من كل وجه ، فإن قطع اليد قد يكون قتلا بالسراية ، بخلاف ما إذا قصد ذلك فأصاب رقبة غيره فحزها أو رمى إلى شخص فأصاب غيره فمات فإن ذلك خطأ ، لأن قطع يد رجل أو قتله لا يكون قتلا لغيره فكان مخالفا من كل وجه .

(فصل)

ذكر حكم الفعلين عقيب فعل واحد في فصل على حدة رعاية للتناسب (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا) القطع والقتل إذا حصل في شخص واحد كانا على وجه : أن يكون خطئين أو عمدين ، أو يكون القتل خطأ والقطع عمدا أو بالعكس ، فذلك بالقسمة العقلية أربعة . ثم إن كل واحد منهما إما أن يكون قبل البرء أو بعده فذلك ثمانية أوجه ، وكل ذلك إما أن يتحقق

(فصل ومن قطع)

(قوله ثم إن كل واحد منهما) أقول : أي من الفعلين .

فبرأت يده ثم قتله خطأ أوقطع يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فإنه يؤخذ بالأمرين جميعا) والأصل فيه أن الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن تنميا للأول ، لأن القتل في الأعم يقع بضربات متعاقبة ، وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج ، إلا أن لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه ، وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الأولين لاختلاف حكم الفعلين ، وفي الآخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسرية ، حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بأن كانا خطأين يجمع بالإجماع لإمكان الجمع واكتفى بدية واحدة (وإن كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده . فإن شاء الإمام قال أقطعه ثم اقتلوه . وإن شاء قال اقتلوه) وهذا عند أبي حنيفة ، وقالا : يقتل ولا تقطع يده لأن الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجتمع بينهما . وله أن الجمع متعذر . إما للاختلاف بين الفعلين هذين لأن الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بأن يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر ، أو لأن الحزب يقطع إضافة السرية إلى القطع ، حتى لو صدر من شخصين يجب

والآخر خطأ يعطى كل واحد حكم نفسه سواء تخلل بينهما البرء أو لم يتخلل كما سينكشف في الأصل الآتي ذكره ، فيكون قوله قبل أن تبرأ يده في وضع هذه المسئلة مستدر كالتام جوابها : وهو أن يؤخذ بالأمرين جميعا بدون ذكر ذلك القيد ، بل يوهم ذكره أن لا يكون الجواب كذلك فيما بعد أن تبرأ يده بناء على أن تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به ، وعن هذا قال في وضع المسئلة الثانية أو قطع يده عمدا ثم قتله خطأ بدون ذكر ذلك القيد . ثم أقول : يمكن أن يقال : فائدة ذكر ذلك القيد في المسئلة الأولى التنبيه من أول الأمر على أن تخلل البرء ليس بمؤثرفيا إذا اختلف الفعلان فإنه إذا أعطى كل واحد منهما حكم نفسه فيما إذا لم يتخلل البرء ففيما إذا تخلل ذلك أولى ، وبهذا يندفع إيهام أن لا يكون الجواب فيما إذا تخلل البرء كالجواب فيما إذا لم يتخلل : فإن تخصيص الشيء بالذكر إنما يدل في الروايات على نفي الحكم عما عداه أن لو لم يكن ما عداه أولى بثبوت الحكم المذكور له . وأما إذا كان أولى بذلك فيدل على اشتراك ما عداه معه في الحكم المذكور بالأولوية بطريق دلالة النص بلا ريب وما نحن فيه من هذا القبيل . ثم إنه لما حصل التنبيه على ذلك في المسئلة الأولى حصل الاستغناء عنه في المسئلة الثانية لاشتراكهما في اختلاف الفعلين ولهذا لم يذكر ذلك القيد فيها . ثم لما جاء إلى المسئلة الثالثة والرابعة

من شخص واحد أو شخصين فذلك ستة عشر وجها ، فإن كانا من شخصين بفعل بكل واحد منهما موجب فعلة من القصاص وأخذ الأرض مطلقا ، لأن التداخل إنما يكون عند اتحاد المحل لا غير ، وإن كانا من شخص واحد فلا يجب موجب الفعلين أو إهدار أحدهما مبنى على أصل ذكره المصنف رحمه الله بقوله (والأصل فيه أن الجمع) يعني الاكتفاء بموجب أحدهما واجب ما أمكن تنميا للأول ، لأن القتل في الأعم : يعني في غالب الأوقات يقع بضربات متعاقبة ، وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج فيجعل الثاني متمما للأول ويحمل الكل واحدا ، إلا أن لا يمكن الجمع إما باختلاف الفعلين وصفا أو موجبا أو بتخلل البرء ، فحينئذ يعطى كل واحد حكم نفسه ، فإن تخلل البرء فلا جمع أصلا لأن الفعل الأول قد انتهى فيكون القتل بعده ابتداء ، فلا بد من اعتبار كل واحد منهما ، وإن لم يتخلل وقد اختلفا جنسا فكذلك كما في الصورتين الأوليين ، وإن تجانسا خطأ جمع بالإجماع لإمكان الجمع بانتفاء المانع وهو تخلل البرء والاختلاف واكتفى بدية واحدة ، وإن تجانسا عمدا فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة رحمه الله الولي بالخيار بين أن يقطع ثم يقتل وبين أن يقتل وقالا يقتل ولا يقطع ، وقوله (فإن شاء الإمام قال أقطعه)

(قوله لأن التداخل إنما يكون الخ) أقول : فيه بحث لكن جوابه ظاهر ، فإن المراد بالمحل هو مصطلح المتكلمين وهو القاتل هنا فإنه الذي يقوم به القتل (قوله وصفا أو موجبا) أقول : كما في الخلافية ، فإن موجب القطع العمد القطع ، والقتل العمد القتل لأن القصاص ينسب عن المماثلة بخلاف الدية ، وهذا عند أبي حنيفة (قال المصنف : فإن شاء الإمام قال أقطعه ثم اقتلوه) أقول : قال الكاكي : وقيل معنى ما قال في المتن أن هذا من الإمام اجتهد في عمله ، فعليه أن يتبعه فيما يقطع الإمام خياره عليه انتهى (قوله في محله ١) أي محل

القود على الحازة فصار كتنخل البرء . بخلاف ما إذا قطع وسرى لأن الفعل واحد ، وبخلاف ما إذا كانا خطأين لأن الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة ، ولأن أرش اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك بالحزّ القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان . أما القاطع والقتل قصاصاً يجتمعان : قال (ومن ضرب رجلاً مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة) لأنه لما برأ منها لا يبقّى معتبرة في حق الأرض وإن بقيت معتبرة في حق التعزير فبقى الاعتبار للعشرة ، وكذلك كل

قيدهما بتخلل البرء لتجانس الفعلين عمداً وخطأً فيهما فلا بد في الأخذ بالأمرين جميعاً من تخلل البرء في البين (قوله فصار كتنخل البرء) قال بعض الفضلاء : منقوض بما إذا كان كلاهما خطأ . أقول : كيف يكون منقوضاً بذلك وقد تداركه المصنف صراحة فيما بعد حيث قال : وبخلاف ما إذا كانا خطأين ، وعمله بتعليقين بإزاء تعليلي أي حنيفة ما إذا كانا عمدين ، وتعليبه الثاني وهو قوله ولأن أرش اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل النخ دافع قطعاً لتوهم انتقاص قوله فصار كتنخل البرء بما إذا كانا خطأين تأمل تفهم . وقال صاحب معراج الدراية : فإن قيل : لو كان بمنزلة تخلل البرء ينبغي أن لا يكون للإمام خيار كما لو تخلل البرء . قلنا : المسئلة يجتهد فيها ، فالقاضي يقضى على ما وافق رأيه انتهى . أقول : في الجواب نظر ، فإن قول المصنف بعد بيان خيار الإمام وهذا عند أبي حنيفة يأتي هذا الجواب جداً فإن قضاء القاضي في المسئلة المجتهد فيها على ما وافق رأيه ليس بقول أبي حنيفة . فقط بل صاحبه أيضاً يقولان به كما لا يخفى على العارف بمسائل الفقه . ثم إن هذا كله على تقدير أن يكون الخيار للإمام عند أبي حنيفة ، وأما إذا كان الخيار للوليّ عنده كما ذكره شمس الأئمة السرخسي ونقل عنه الشراح قاطبة حتى قال صاحب العناية بعد نقل ذلك عنه : فعلى هذا يكون قوله فإن شاء الإمام معناه يبين لهم أن لهم الخيار فلا تمشية رأساً للسؤال على الوجه المذكور . نعم يرد أن يقال : فاما معنى قول أبي حنيفة في هذه المسئلة بأن للوليّ الخيار مع الحزم في المسائل السابقة بأن يؤخذ بالأمرين جميعاً ،

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله : يشير إلى أن الخيار للإمام عند أبي حنيفة رحمه الله ، وليس كذلك بل الخيار للولي ، فعلى هذا يكون قوله فإن شاء الإمام معناه يبين لهم أن لهم الخيار : قالوا : إجماع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما ، وقال : بل الإجماع معتدل إما للاختلاف بين الفعلين لأن الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بأن يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو معتدل لخلوّ القطع إذ ذاك عن الجزاء ، وإما لأنّ الحزّ يقطع إضافة السراية إلى القطع حتى لو صدر من شخصين وجب القود على الحازة ، وإذا انقطع إضافة السراية إليه صار كتنخل البرء ولا جمع فيه بالاتفاق ، بخلاف ما إذا قطع وسرى لأن الفعل واحد ، وبخلاف ما إذا كانا خطأين لأن الموجب هو الدية وهو بدل النفس من غير اعتبار المساواة . وقوله (ولأن أرش اليد) دليل آخر على جواز الجمع إذا كانا خطأين ، وتقديره : أرش اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل : يعني القطع بانقطاع توهم السراية ، وذلك إنما يكون بالجزّ القاطع للسراية ، فأرش اليد إنما يجب بالجزّ القاطع للسراية ، وبه يجب ضمان الكل فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة وهي حالة الحزّ ، وفي ذلك تكرار دية اليد لأن ضمان الكل يشملها والتكرار فيه غير مشروع فلا يجتمعان . فإن قيل : قصاص اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك بالجزّ القاطع للسراية فيجتمع قصاص الكل والجزء في حالة واحدة فلا يجتمعان . قلنا : بل يجتمعان لأن معنى القصاص المساواة ، وهي إنما تتمحق باجتماعهما : وهذا في غاية التحقيق لأن العمدة مبناه على التغليب والتشديد ولهذا تقتل العشرة بالواحد ، وفي مراعاة صورة الفعل معنى التغليب فيجوز اعتباره فيه ، وأما الخطأ فبناه على التخفيف ؛ ألا ترى أن الدية لا تتعدد بتعدد القاتلين ، فاعتبار التغليب فيه لا يكون مناسباً . قال (ومن ضرب رجلاً مائة سوط فبرأ من تسعين) (ومن ضرب رجلاً تسعين سوطاً في مكان وعشرة في مكان فبرئ من تسعين وسرى موضع العشرة ومات منه ففيه دية واحدة لما ذكر في الكتاب . وقوله (وكذا كل

الاجتهاد ؛ ألا يرى إلى خلاف الإمامين (قال المصنف : فصار كتنخل البرء) أقول : منقوض بما إذا كان كلاهما خطأ (قوله فإن قيل ، إلى قوله : فيجتمع قصاص الكل والجزء في حالة واحدة فلا يجتمعان) أقول : معارض بما إذا قتل واحد جماعة عمداً حيث يجب قتل واحد ، وإن قتلهم خطأ تجب ديات .

جراحة اندملت ولم يبق لها أثر على أصل أبي حنيفة . وعن أبي يوسف في مثله حكومة عدل . وعن محمد أنه يجب أجرة الطبيب (وإن ضرب رجلا مائة سوط وجرحته وبقى له أثر يجب حكومة العدل) لبقاء الأثر والأثرش إنما يجب باعتبار الأثر في النفس . قال (ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله . وإن عفا عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ، ثم إن كان خطأ فهو من الثلث . وإن كان عمدا فهو من جميع المال) وهذا عند أبي حنيفة . وقالوا : إذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس أيضا . وعلى هذا الخلاف إذا عفا عن الشجرة ثم سرى إلى النفس ومات : لهما أن العفو عن القطع عفو عن موجب . وموجبه القطع لو اقتصر أو القتل إذا سرى : فكان العفو عنه عفوا عن أحد موجبيه أيهما كان . ولأن اسم القطع يتناول السارى والمقتصر فيكون العفو عن قطع عفوا عن نوعيه وصار كما إذا عفا عن الجنابة فإنه يتناول الجنابة السارية والمقتصرة . كذا هذا . واه أن سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله بصريحه لأنه عفا عن القطع وهو غير القتل . وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه . وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس لأنه هو الموجب للعمد . إلا أن

وعلة تعذر الجمع متحققة في الكل عنده بلا تفاوت كما تبين في الكتاب (قوله ولأن اسم القطع يتناول السارى والمقتصر فكان العفو عنه عفوا عن نوعيه) أقول : أسلوب التحرير يقتضى أن يكون ما سبق دليلا تاما لهما وهذا أيضا دليلا آخر مستقلا لهما . لكن لا يخفى على الفطن أن ما سبق لا يتم دليلا لهما بدون انضمام هذا إليه . لأنه إذا لم يتقرر أن اسم القطع يتناول السارى والمقتصر لا يتقرر كون القتل أحد موجبي القطع . فإنه إذا لم يتناول اسم القطع السارى أيضا لا يتصور كون القتل أحد موجبي القطع ، إذ لا يحتمل أن يكون القطع المقتصر موجبا للقتل أيضا تدبر (قوله وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس) قلت : وكان ينبغي أن يقول : وكان الظاهر أن يجب القصاص بدل قوله وكان ينبغي أن يجب القصاص ، لأن الذى ينبغي هو موجب الاستحسان

جراحة اندملت) يعنى مثل أن كانت شجرة فالتحمت ونبت الشعر فإنها لا تبقى معتبرة لا في حق الأرض ولا في حق حكومة عدل ، وإنما تبقى في حق التعزير على أصل أبي حنيفة رحمه الله . وعن أبي يوسف رحمه الله في مثله حكومة عدل ، وسيأتى تفسيرها في آخر فصل الشجاج . وعن محمد رحمه الله أنه يجب أجر الطبيب (وإن ضربه مائة سوط وجرحته وبقى له أثر يجب له حكومة عدل) دون الأرض لأن حكومة عدل إنما تكون لبقاء الأثر وهو موجود . والأرض إنما يجب باعتبار الأثر في النفس بأن لم يبرأ وليس بوجوده ، وهذا يشير إلى أنه إن لم يجرح في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق ، وإن جرح واندمل ولم يبق لها أثر فكذلك كما هو أصل أبي حنيفة رحمه الله لأنه لم يكن إلا مجرد الألم وهو لا يوجب شيئا كما لو ضربه ضربا مؤلما ، ومثل هذه المسئلة مع هذا الاختلاف ، ودليلها يأتي قبل فصل الجنين (قوله ومن قطع يد رجل الخ) اعلم أن العفو عن القطع والشجرة والجراحة ليس بعفو عما يحدث منه عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما . فإذا وقع شيء من ذلك وعفا المجنى عليه عنه ثم سرى ومات فعلى الجنائي الدية في ماله عنده . وقالوا : لا شيء عليه لأن العفو عن القطع عفو عن موجب . لأن الفعل عرض لا يبيى فلا يتصور العفو عنه فيكون العفو عنه عفوا عن موجب وموجبه إما القطع أو القتل إذا اقتصر أو سرى فكان العفو عفوا عنهما . ولأن اسم القطع يتناول السارى والمقتصر فإن الإذن بالقطع إذن به وبما حدث منه . حتى إذا قال شخص آخر أقطع يدي قطعته ثم سرى إلى النفس لم يضمن والعفو إذن انتهاء فيعتبر بالإذن ابتداء ، فصار كما إذا عفا عن الجنابة فإنه يتناول السارية والمقتصرة ، فكذا هذا .

(قال المصنف : والأرض إنما يجب باعتبار الأثر في النفس) أقول : قل في المضمرات : كأن قاتلا يقول : لما وجب أرض النفس ينبغي أن لا يجب حكومة العدل . فأجاب عنه بقوله والأرض الخ انتبهى . وشرح كلام المصنف بهذا الوجه أولى لصدور الفعلين من القاتل ، وعلى ما ذكره الأكل يكون ذكر هذه المسئلة هنا استطراديا . قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير : قال الفقيه أبو الليث : ما قال في الكتاب

في الاستحسان تجب الدية : لأن صورة العفو أورثت شبهة وهي دائرة للقود . ولا نسلم أن السارى نوع من القطع ، وأن السارية صفة له : بل السارى قتل من الابتداء : وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعاً فلا يتناوله العفو ، بخلاف العفو عن الجنابة لأنه اسم جنس ، وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لأنه صريح في العفو عن السارية والقتل ، ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقاً وخلافاً ،

دون موجب القياس . إلا أن موجب القياس هو الظاهر في بادئ الرأي (قوله ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقاً وخلافاً) قال جمهور الشراح في بيان هذه الوجوه : وهي الأربعة التي هي العفو عن القطع مطلقاً ، والعفو عن القطع وما يحدث منه : والعفو عن الشجة ، والعفو عن الجنابة انتهى . أقول : ليس هذا بسديد ، لأن معنى كلام المصنف هاهنا أن محمداً رحمه الله أجرى القطع خطأ مجرى العمد في هذه الوجوه المذكورة في المسئلة المسارة التي هي من مسائل الجامع الصغير ، والعفو عن الشجة لم يكن مذكوراً في كلام محمد في الجامع الصغير قط ، وإنما ذكره فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير حيث قال : وكذلك الاختلاف في الضرب والشجة والجراحة في اليد وما أشبه ذلك ، وكذا ذكره المصنف في الهداية دون البداية حيث قال : وعلى هذا الاختلاف إذا عفا عن الشجة ثم سرى إلى النفس ومات ، والمصنف هنا بصدد بيان ما يتناوله كلام محمد في المسئلة المسارة التي هي مسألة الجامع الصغير فكيف يتصور درج العفو عن الشجة في مضمون ذلك كما فعله جمهور الشراح حيث فسروا هذه الوجوه في قوله فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه بما يشمل العفو عن الشجة أيضاً ، فالوجه أن مراد المصنف بهذه الوجوه هي الوجوه الثلاثة ، وهي العفو عن القطع مطلقاً ، والعفو عن القطع وما يحدث منه ، والعفو عن الجنابة ،

ولأن حنيفة رحمه الله أن سبب الضمان وهو قتل النفس المعصومة المتقومة قد تحقق ، والمانع منتف لأن العفو لم يتناوله بصريحه لأنه عفا عن القطع وهو غير القتل لاحتمال ، وبالسارية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه فما هو حقه لم يعف عنه وما عفا عنه فليس بحقه فلا يكون معتبراً ، ألا ترى أن الولي لو قال بعد السارية عفوتك عن اليد لم يكن عفواً ، ولو قال الخفي عليه عفوتك عن القتل واقتصر القطع لم يكن عفواً ، فكذا إذا عفا عن اليد ثم سرى ، وإذا لم يكن العفو معتبراً وجب الضمان . والقياس يقتضي القصاص لأنه هو الموجب للعمد ، إلا أننا نرى كنهه لأن صورة العفو أورثت شبهة وهي دائرة للقود فتجب الدية . وقوله (ولا نسلم أن السارى نوع من القطع) جواب عن قولهما فيكون العفو عفواً عن نوعه ، وفيه نظر ، فإنه منع كون السارية صفة له ، ويقال سرى القطع وقطع سار فكيف يصح ذلك . والجواب أن المراد صفة متنوعة وهي ليست كذلك ، بل هي مخرجة عن حقيقتها كما يقال عصير مسكر . وقوله (بل السارى قتل من الابتداء) إضراب عن قوله نوع من القطع . وذلك لأن القتل فعل زهق للروح ولما انزعت الروح به عرفنا أنه كان قتلاً . وقوله (وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعاً) جواب عن قوله أو القتل إذا سرى ، يريد أن القتل ليس بموجب للقطع من حيث كونه قطعاً ، لأنه إذا سرى ومات تبين أن هذا القطع لم يكن له موجب أصلاً ، إنما الثابت موجب القتل وهو الدية فكان العفو المضاف إلى القطع مضافاً إلى غير محله فلا يصح ، وإذا لم يصح العفو عن القطع لا يكون عفواً عن القتل ، وهو معنى قوله فلا يتناوله العفو . وقوله (بخلاف العفو عن الجنابة) ظاهر . وقوله (في هذه الوجوه) وهي العفو عن القطع مطلقاً والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجنابة (وفاقاً) وهو في موضعين : أحدهما أن العفو عن القطع وما يحدث منه عفو عن الدية بالاتفاق فيما إذا كان القطع خطأ ، والثاني العفو عن الجنابة فإنه عفو عن الدية أيضاً (وخلافاً) وهو أيضاً في موضعين : أحدهما أن العفو عن القطع مطلقاً عفو عن الدية عندهما إذا كان خطأ ، وعند أبي حنيفة رحمه الله يكون عفواً عن أرض اليد لا غير . والثاني أن العفو عن الشجة عفو عن الدية إذا

إنه يجب فيه دية واحدة فيما إذا برأ ولم يبق له أثر ، أما إذا بقى له أثر ينبغي أن يجب أرض الضرب ، وهو حكومة عدل بالأسواط ودية واحد بالقتل انتهى (قال المصنف : وأن السارية صفة له) أقول : أي صفة متنوعة ، فلا يرد عليه شيء (قوله إنما الثابت موجب القتل وهو الدية) أقول : الأظهر أن يقول : وهو القصاص .

آذن بذلك إطلاقه ، إلا أنه إن كان خطأ فهو من الثلث . وإن كان عمدا فهو من جميع المال . لأن موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما أنه ليس بمال فصار كما إذا أوصى بإعارة أرضه .

لأن هذه الثلاثة هي المذكورة في مسألة الجامع الصغير ، وأما العنود عن الشجة فقد ذكره المصنف فيما مر استطرادا وبين أن حكمه كحكم ما ذكر في مسألة الجامع الصغير أخذنا مما ذكر فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير (قوله آذن بذلك إطلاقه) أى أعلم بذلك إطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يد رجل فعفا المقتوعة يده عن القطع حيث لم يتعرض للعمد ولا للخطأ فكان تناولا لهما . كذا في عامة الشروح . قال صاحب الغاية بعد أن شرح المقام كذلك : هذا تقرير ما اقتضاه كلام صاحب الهداية وذلك ممنوع عندنا لأن محمدا قيده بالعمد فى أصل الجامع الصغير كما ذكرنا روايته . وكذلك قيد الفقيه أبو الليث وفخر الإسلام والصدور الشهيد وغيرهم في شروح الجامع الصغير بالعمد فلا يصح حينئذ دعوى الإطلاق اهـ . وأما ما عدا صاحب الغاية من الشرح فسألوا هاهنا وأجابوا حيث قالوا : فإن قيل : لانسلم أن لفظه مطلق بل هو مقيد بالقطع العمد بدليل جواب المسئلة وهو قوله فعلى القاطع الدية في ماله فإنه يبين أن مراده العمد ، لأن الدية في الخطأ على العاقلة : قلنا : وضع المسئلة مطلق بلا شك إذ القيد غير ملفوظ ، لكن الجواب إنما هو لأحد نوعى القطع فتقديره فعلى القاطع الدية في ماله إن كان القطع عمدا . انتهى كلامهم . أقول : لا يذهب عليك أن جوابهم هذا لا يسمن ولا يغنى من جوع ، إذ لا شك أن مقصود المصنف هنا بيان إجراء محمد القطع خطأ مجرى العمد في أحكام هذه الوجوه وفاقا وخلافا . ولا ريب أن حكم المسئلة إنما يؤخذ من جوابها . وإذا كان الجواب في لفظ الجامع الصغير مخصوصا بصورة العمد فكيف يؤذن مجرد إطلاق وضع المسئلة باشتراك نوعى القطع في الحكم ، إذ لو آذن ذلك باشتراكهما في الحكم لآذن باشتراكهما في الحكم المستفاد من الجواب ، وقوله فيما له مانع عن ذلك لانهالة فلا مؤذن للاشتراك قط فلم يتم قول المصنف آذن بذلك إطلاقه فتأمل (قوله لأن موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما أنه ليس بمال) قال في العناية : فيه بحث ، وهو أن القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة . ثم قال : والجواب عنه أن المصنف نى تعلق حق الورثة به لا كونه موروثا ، ولا تنافى بينهما لأن حق الورثة إنما يثبت بطريق الخلافة ، وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الأصل ، والقياس في المال أيضا ألا يثبت فيه تعلق حقهم إلا بعد موت المورث ، لكن ثبت ذلك شرعا بقوله عليه الصلاة والسلام « لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » وتركهم أغنياء إنما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال ، فلو لم يتعلق به لتصرفه فيه فبتركهم عالة يتكففون الناس ، والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث انتهى . أقول : في تقرير البحث المذكور خلل فاحش ، وفي تحرير الجواب المزبور التزام ذلك . أما الأول فلأنه سيجىء في أول باب الشهادة في القتل أن القصاص يثبت لورثة القتل ابتداء لا بطريق الورثة من المقتول عند أبى حنيفة رحمه الله ، وأما عندهما فيثبت للقتيل ابتداء ، ثم ينتقل بموته إلى ورثته بطريق الورثة منه كالدین والدية ، فقوله رحمه

سرت عندهما ، وعنده عن أرض الشجة لا غير (آذن) أى أعلم (بذلك إطلاقه) أى إطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يد رجل فعفا المقتوعة يده عن القطع غير متعرض للعمد والخطأ ، ومنع الإطلاق بأن قوله فعلى القاطع الدية في ماله يدل على أنه في العمد لأن الدية في الخطأ على العاقلة . وأجيب بأن الوضع مطلق لانهالة ، والجواب إنما هو لأحد نوعيه ، وتقديره فعلى القاتل الدية في ماله إن كان القطع عمدا . وقوله (كما أو أوصى بإعارة أرضه) يعنى إذا تبرع بمنافع أرضه في مرضه بالعارية وانتفع بها المستعير ثم مات المعير كان ذلك من جميع المال لأن المنافع ليست بأموال ، وفيه بحث من أوجه : الأول أن القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة . الثانى أن الوصية بإعارة أرضه باطلة وإن صحت فحكمه الهياؤ يسكن الموصى له يوما والورثة يومين إن لم يقبل القسمة ، وإن قبلها يفرز الثلث للموصى له . والثالث أن المنافع أموال فكيف صارت نظير لما ليس بمال ؟ والجواب عن الأول أن المصنف رحمه الله نى تعلق حق الورثة به لا كونه موروثا ، ولا تنافى بينهما لأن حق الورثة إنما يثبت بطريق الخلافة ، وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الأصل . والقياس في المال أيضا أن لا يثبت فيه تعلق

أما الخطأ فوجهه المال . وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث . قال (وإذا قطعت المرأة يد رجل فترجوها على يده ثم مات فلها مهر مثلها . وعلى عاقلها الدية إن كان خطأ . وإن كان عمدا ففي مالها) وهذا عند أبي حنيفة . لأن العفو عن اليد إذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالترجوع على اليد لا يكون ترجعا على ما يحدث منه . ثم القطع إذا كان عمدا يكون هذا ترجعا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا .

الله إن القصاص موروث بالاتفاق كذب صريح : وقد مرّ نظير هذا من صاحب العناية في الفصل السابق وبينت بطلانه هناك أيضا فتذكر . وأما الثاني فلا أنه لم يقع التعرض فيه لكون القصاص غير موروث من المقتول عند إمامنا الأعظم رحمه الله . بل سبق الكلام فيه على وجه يشعر بكونه موروثا بالاتفاق : ألا يرى إلى قوله في خاتمه والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث (قوله أما الخطأ فوجهه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث) قال جمهور الشراح : فإن قيل : القاتل واحد من العاقلة فكيف جوز الوصية بجميع الثلث ها هنا حتى صح في نصيب القاتل أيضا مع أن الوصية لاتصح للقاتل ؟ قلنا : إنما جوز ذلك لأن المجرور لم يقل أوصيت لك بثلاث الدية . وإنما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ وذلك جائز للقاتل . ألا ترى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز انتهى كلامهم . وأورد بعض الفضلاء على قوله ألا يرى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز بأن قال فيه بحث : لأن الهبة في المرض في حكم الوصية على ما سيجيء في كتاب الوصية انتهى . أقول : إن أراد أن الهبة في المرض في حكم الوصية من كل الوجوه فهو ممنوع : ألا ترى أن الهبة عقد منجز والوصية في المرض عقد معلق بالموت كما صرحوا به . وإن أراد أنها في حكم الوصية في بعض الوجوه ككونها معتبرة من الثلث ونحو ذلك فهو مسلم : لكن لا يلزم منه أن لاتصح هبة المجرور للقاتل كعدم صحته له فلا يجدي قدحا فيما ذكره الشراح في تنوير جوابهم (قوله ثم القطع إن كان عمدا يكون هذا ترجعا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا) قال جماعة من الشراح : فإن قيل : القصاص لا يجري بين

حقهم إلا بعد موت المورث : لكن ثبت ذلك شرعا بقوله صلى الله عليه وسلم « لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » وثر كهم أغنياء إنما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال : فلو لم يتعلق به لتصرف فيه فيتركهم عالة يتكففون الناس ، والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث . لأن الإرث خلافة ذى نسب الميت الحقيقي . أو الحكمي أو نكاحه أو ولاية حقيقة أو حكما في ماله أو حق قابل لما بعد موته : وقد فسرناه في شرح الرسالة في الفرائض وهو كما ترى لا ينحصر في المال . بل إذا كان حقا قابلا للخلافة يصبح أن يكون موروثا . ولا شك في قبوله القصاص لذلك كما تقدم . وعن الثاني بأن المراد من قوله أوصى تبرع كما عبرنا عنه آنفا والوصية تبرع خاص فيجوز أن يستعار لمطلقه . وعن الثالث بأن المنافع أموال إذا كانت في عقد فيه معاوضة . وقوله (فيعتبر من الثلث) فيه إشكال . وهو أنه إذا اعتبر من الثلث كان وصية والقاتل من العاقلة والوصية للقاتل باطلة فيجب أن لا يصح في حصته . وأجيب بأن المجرور لم يقل أوصيت لك بثلاث الدية : وإنما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ ولا مانع عنه : ألا يرى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز . قال (وإذا قطعت المرأة يد رجل الخ) إذا قطعت المرأة يد رجل فترجوها على يده فيما أن يقتصر أو يسرى ، فإن كان الأول صححت التسمية ويصير الأرض وهو خمسة آلاف درهم مهرا لما بالإجماع سواء كان القطع عمدا أو خطأ وترجوها على القطع فقط أو عليه وما يحدث منه ، لأنه لما برأ تبين أن وجهها الأرض دون القصاص لأنه لا يجري في الأطراف بين الرجل والمرأة والأرض يصلح صداقا . وإن كان الثاني وإليه أشار بقوله ثم مات فيما أن يكون القطع خطأ أو عمدا ، فإن كان الأول فلها مهر مثلها والدية على العاقلة ، وإن كان الثاني فلها ذلك والدية في مالها عند أبي حنيفة رحمه الله ، لأن العفو عن اليد إذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده

(قوله ألا يرى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز) أقول : وفيه بحث ، لأن الهبة في المرض في حكم الوصية على ما سيجيء في كتاب الوصية (قوله لأنه لا يجري في الأطراف بين الرجل والمرأة) أقول : يخالف لقول المصنف وقوله بعد أسطر : يكون هذا ترجعا على القصاص في الطرف تأمل . (قوله وإن كان الثاني فلها ذلك) أقول يعني فلها مهر المثل .

لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل ، وعليها الدية في مالها لأن التزويج وإن كان يتضمن العفو على مانئين إن شاء الله تعالى لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة ،

الرجل والمرأة في الأطراف فكيف يكون هذا تزويجا على القصاص . قلنا : الموجب الأصلي في العمد القصاص قضية لإطلاق قوله تعالى - والجروح قصاص- لإلأنه تعذر الاستيفاء لقيام المانع وهو التفاوت بين طرفي الرجل والمرأة انتهى . أقول في الجواب نظر ، لأن إطلاق قوله تعالى - والجروح قصاص- لمثل ما نحن فيه ممنوع ، فإن القصاص ينبغي أن يكون عن المماثلة ، وما لا يمكن فيه المماثلة لا يتصور فيه القصاص ، وعن هذا إذا قطع رجل يد رجل عمدا من غير المفصل لا يجب القصاص لعدم إمكان اعتبار المماثلة ، وقد حقق المصنف هذا المعنى في أول باب القصاص فيما دون النفس بصدد الاستدلال بقوله تعالى - والجروح قصاص- على وجوب القصص في قطع يد غيره عمدا من المفصل ، وقد تقرر فيما مر أنه لامماثلة بين الرجل والمرأة في الأطراف فلا يندرج في قوله تعالى - والجروح قصاص- ولئن سلم ذلك لزم أن ينتقض الجواب المذكور بما إذا قطعت المرأة يد رجل فتزويجها على يده فاقتصر القطع فإنه تصح التسمية فيه ، وبصير أرش اليد وهو خمسة آلاف درهم مهرها بالإجماع ، صرح به الشراح قاطبة في أول هذه المسئلة ، وعزاه جماعة منهم إلى الإمام قاضيخان والإمام المحبوبي ، وقالوا : أشار إليه المصنف بقوله ثم مات ، ولو كان الموجب الأصلي هو القصاص في العمد الواقع بين أطراف الرجل والمرأة أيضا لزم أن يكون التزويج في صورة الاقتصار أيضا تزويجا على القصاص ، فلزم أن لا يتم ما صرحوا به من صحة التسمية وزوم الأرش مهرها بالإجماع في تلك الصورة كما لا يخفى . وقال صاحب العنائة وناج الشريعة : فإن قيل : الواجب في الأطراف بين الرجل والمرأة هو الأرش وأرش اليد معلوم وهو خمسمائة دينار فما المانع أن يكون هو المهر ؟ قلنا : أرش اليد ليس بمعتين لجواز أن يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولا فيجب مهر المثل انتهى . أقول : في جواب هذا السؤال أيضا نظر ، فإنه ينتقض أيضا قطعا بالتزويج على يده في صورة الاقتصار ، فإن أرش اليد يصير مهرها هناك بالإجماع كما صرحوا به مع تحقق الجهالة الناشئة من عدم تعيين أرش اليد هناك أيضا . ثم أقول : لو قال المصنف في تعليل صورة العمد أيضا من مسئلتنا هذه مثل ما قاله في صورة الخطأ منها من أنه يكون هذا تزويجا على أرش اليد ، إذ القصاص لا يجري في الأطراف بين الرجل والمرأة في العمد أيضا عندنا ، وإذا سرى إلى النفس تبين أنه لا أرش لليد وأن المسمى معدوم فوجب مهر المثل لصح وكان سالما عن أن يرد عليه السؤال المذكوران ولم

فالتزويج على اليد لا يكون تزويجا على ما يحدث منه فيكون مالها من المهر غير ما عليها مما يحدث منه ، ثم القطع إذا كان عمدا كان التزويج تزويجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرها لاسيما على تقدير سقوط القصاص ، فإنه إذا لم يصلح مهرها على تقدير ثبوته لا يصلح على تقدير سقوطه بطريق الأولى ، والقصاص يسقط هاهنا إما بقبولها التزويج لأن سقوطه متعلق بالقبول فلما قبلت سقط ، وإما باعتبار تعذر الاستيفاء ، فإنه لما جعل القصاص مهرها جعل لها ولاية الاستيفاء ولا يمكن استيفاء القصاص عن نفسه . فإن قيل : الواجب في الأطراف بين الرجل والمرأة هو الأرش خمسمائة دينار وهو معلوم فما المانع أن يكون هو المهر ؟ أجيب بأنه ليس بمعتين لجواز أن يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولا ، وإذا لم يصلح القصاص ولا بذله مهرا يجب مهر المثل وعليها الدية في مالها . فإن قيل : قبول التزويج يتضمن العفو والعفو لا يضمن فلا يجب عليها الدية ، أشار إلى الجواب بقوله لأن التزويج وإن كان يتضمن العفو لكن (فيما نحن فيه يتضمن العفو ، عن القصاص في الطرف ،

(قال المصنف : لاسيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها) أقول : فإنه لما مات المقطوع يده بالسراية سقط قصاص الطرف وبذله أيضا وهو الأرش ، فإن القطع كان قتلا فيجب جزاء القتل لا القطع فوجب قصاص النفس ، ولعل هذا هو الوجه في توجيه كلام المصنف ، وبه تندفع الشكوك والأوهام في هذا المقام (قوله والقصاص يسقط هاهنا إما بقبولها التزويج الخ) أقول : بل السقوط هنا بموت المقطوع يده حيث تبين أن لا قطع على القاطع لكونه قاتلا ، ولا يجب بذله أيضا لعدم وجوب الأصل فتأمل (قوله ولا يمكن استيفاء القصاص عن نفسه) أقول : الظاهر أن يقول عن نفسها (قوله أجيب بأنه ليس بمعتين لجواز أن يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولا) أقول : مخالف لما مر آنفا من قوله وبصير الأرش وهو خمسة آلاف درهم مهرها بالإجماع ، ثم الجهالة لا تمنع

وإذا سرى تبين أنه قتل النفس ولم يتناول العفو فتجب الدية وتجب في مالها لأنه عمد . والقياس أن يجب القصاص على ما بيناه . وإذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة إن كانا على السواء ، وإن كان في الدية فضل ترده على الورثة ، وإن كان في المهر فضل يرده الورثة عليها ، وإذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجاً على أرش اليد ، وإذا سرى إلى النفس تبين أنه لا أرش لليد وأن المسمى معدوم فيجب مهر المثل . كما إذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها . ولا يتقاصان لأن الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها . قال (ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها أو على الجنابة ثم مات من ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها) لأن هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهراً فيجب مهر المثل على ما بيناه ، وصار كما إذا تزوجها على خمر أو خنزير ولا شيء له عليها ، لأنه لما جعل القصاص مهراً فقد رضى بسقوطه بجهة المهر فيسقط أصلاً كما إذا أسقط القصاص بشرط أن يصير مالاً فإنه يسقط أصلاً (وإن كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ، ولهم

يحتج إلى جوابيهما المذكورين في الشروح المختلين كما بيناه آتياً (قوله وإذا سرى تبين أنه قتل النفس ولم يتناول العفو فيجب الدية) . قال في النهاية : فإن قلت : لم لم يجب القصاص هاهنا على المرأة مع أن القطع كان عمداً وهو قتل من الابتداء ، فإنه لما مات ظهر أن الواجب هو القصاص وهو لم يجعل القصاص مهراً لأن القصاص لا يصلح مهراً لأنه ليس بمال والمهر يجب أن يكون مالا ، ولما لم يصلح القصاص مهراً صار كأنه تزوجها ولم يذكر شيئاً وفيه القصاص فكذا هنا . قلت : نعم كذلك ، إلا أنه لما جعل القصاص مهراً جعل ولاية استيفاء القصاص للمرأة ، ولو استوفت المرأة القصاص إنما تستوفي عن نفسها لنفسها ، وذلك محال لأن الإنسان لا يتمكن من الاستيفاء عن نفسه لنفسه ، لأن الشخص الواحد لا يصلح أن يكون مطالباً للقصاص ومطالباً به فسقط القصاص لاستحالة الاستيفاء ، ولما سقط القصاص بقي النكاح بلا تسمية فيجب مهر المثل كما إذا لم يسم ابتداء انتهى . أقول : لا السؤال شيء ولا الجواب . أما الأول فلأن وجه عدم وجوب القصاص هاهنا على المرأة ظاهر من قول المصنف ، والقياس أن يجب القصاص على ما بيناه ، فإنه إشارة إلى ما ذكره فيما قبل من أن وجوب الدية هاهنا دون القصاص على موجب الاستحسان ، فإن صورة العفو أورثت شبهة وهي دائرة للقول فلم يبق محل للسؤال عن لمية عدم وجوب القصاص هاهنا على المرأة ، وأما الثاني فلأن القصاص الذي جعل مهراً وجعل ولاية استيفائه للمرأة إنما هو قصاص اليد دون قصاص النفس كما أفصح عنه قول المصنف فيما قبل يكون هذا تزوجاً على القصاص في الطرف ، وإذا سرى تبين أنه قتل النفس فلم يتناوله ولاية المرأة لليلة التي ذكرها المصنف في عدم تناوله العفو الذي تضمنه الزوج ، فبقي السؤال عن وجه عدم وجوب قصاص النفس على المرأة بعد أن تبين أن قطعها صار قتل النفس ولغا ما ذكر في الجواب المزبور ، إذ لم يجعل حد ولاية استيفاء قصاص النفس للمرأة قط حتى يلزم من وجوب قصاص النفس عليها استيفاءها القصاص عن نفسها لنفسها (قوله وإن كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم

وإذا سرى تبين أنه قتل والعفو لم يتعرض لذلك فتجب الدية في مالها لأنه عمد) والعاقلة لا تتحمل العمد (والقياس أن يجب القصاص على ما بيناه) يريد به قوله لأنه هو الموجب للعمد (وإذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة إن تساوى) وإن لم يتساوى ورد من عليه الفضل على من له ذلك ، وإذا كان القطع خطأ كان الزوج على أرش اليد ، وإذا سرى إلى النفس تبين أنه لا أرش لليد وأن المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما إذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لأن الدية على العاقلة في الخطأ والمهر لها فاختلف دمة من له ودمة من عليه وشرط التقاص اتحادهما . وقوله (ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها) ظاهر . وقوله (ولا شيء عليها) أي لا دية ولا قصاص . وقوله (يرفع عن العاقلة مهر مثلها) أي قدر مهر المثل . وقوله (ولهم

فيها سقط لأنها لا تنفي إلى المنازعة ، وذلك وجه الصحة فيما مر (قال المصنف : وإذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة) أقول : قال الإمام قاضيخان في شرح الجامع الصغير : ولا تقع المقاصة لأن الدية مؤجلة ومهر المثل حال ، وإذا حل الأجل تقع المقاصة انتهى .

ثلث ما ترك وصية) لأن هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهرًا إلا أنه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لأنه مريض مرض الموت والتزوج من الخواص الأصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لأنه محاباة فيكون وصية فيرفع عن العاقلة لأنهم يتحملون عنها ، فمن المحال أن ترجع عليهم بموجب جنائيتها ، وهذه الزيادة وصية لهم لأنهم من أهل الوصية لما أنهم ليسوا بقتلة ، فإن كانت تخرج من الثلث تسقط ، وإن لم تخرج يسقط ثلثه . وقال أبو يوسف ومحمد : كذلك الجواب فيما إذا تزوجها على اليد ، لأن العفو عن اليد عفا عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين .

ثلث ما ترك وصية) قال صاحب النهاية والعناية في شرح هذا المحل : قوله ويرفع عن العاقلة مهر مثلها : أي قدر مهر مثلها ، وقوله ولمثل ما ترك وصية : أي للعاقلة ثلث ما زاد على مهر المثل إلى تمام الدية يكون وصية انتهى . أقول : في التفسير الثاني خلل ، فإن المصنف فصل فيما بعد حال الزيادة على مهر المثل وجعلها صورتين حيث قال : فإن كانت تخرج من الثلث تسقط ، وإن لم تكن تخرج يسقط ثلثه ، وعلى ذلك التفسير يلزم أن لا يتناول كلام المصنف هاهنا الصورة الأولى من الصورتين اللتين ذكرهما فيما بعد ، فإن ما يكون وصية لهم في الصورة الأولى منهما جميع ما زاد على مهر المثل لا إلى تمام الدية ثلثه فقط كما لا يخفى . وقال صاحب الغاية : قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها : أي قدر مهر مثلها ، وقوله ولمثل ما ترك وصية لهم : أي للعاقلة ثلث ما ترك الميت من الدية وصية انتهى . أقول : مآل هذا أيضا ما ذكره صاحب النهاية والعناية وإن كانت العبارة مغايرة في التفسير الثاني ، فإنه لما بين ما ترك الميت في قوله ثلث ما ترك الميت بقوله من الدية تعين أن مراده ثلث الدية فيرد عليه مثل ما يرد على ما ذكره من أنه يجوز أن يخرج كل الدية من ثلث مال الميت فيلزم أن لا يتناوله كلام المصنف هاهنا على التفسير المزبور . ثم أقول : في كلام المصنف هاهنا احتمال آخر : وهو أن يكون معناه : وللعاقلة ثلث ما ترك الميت من جميع ماله وصية لهم فيتناول الصورتين الآتيتين في التفصيل معاً ، لأن جميع مال الميت يشمل الدية وغيرها فيجوز أن يخرج الدية كلها من ثلث جميع ماله . لكن يتجه عليه أيضا أنه يجوز أن يكون ثلث جميع ماله أكثر مما زاد على مهر مثلها من الدية بل يجوز أن يكون أكثر من كل الدية ، فلا يصح حينئذ قوله وصية لأن ما يكون وصية للعاقلة إنما هو مقدار ما زاد على مهر مثلها من الدية لا غير . وبالحمل على عبارة المصنف هاهنا ليست بخالية عن القصور في إفادة تمام المراد كما لا يخفى على ذوى الرشاد ، فالأولى في تحرير المقام ما ذكره صاحب الوقاية حيث قال : وفي الخطأ رفع عن العاقلة مهر مثلها والباقي وصية لهم ، فإن خرج من الثلث سقط وإلا سقط ثلث المال انتهى تأمل (قوله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : كذلك الجواب فيما إذا تزوجها على اليد ، لأن العفو عن اليد عفا عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين) أي في التزوج على اليد ، وفي التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجنابة ، كما قال جمهور الشراح وهو الصواب . وزاد صاحب العناية على ذلك شيئاً في شرحه حيث قال : يعنى في التزوج على اليد إذا كان القطع خطأ ، وفي التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجنابة انتهى . أقول : ليس ذاك بشيء ، إذ لا وجه لتقييد القطع في الفصل الأول بالخطأ فإن الظاهر من كلام المصنف هاهنا ومن قوله فيما سبق ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقاً وخلافاً ، وكذا مما ذكر في عامة الكتب من المتن والشروح أن يكون الجواب عندهما في العمد والخطأ في الفصلين سواء ، ولقد صرح به هاهنا صاحب الغاية نقلاً عن شروح الجامع الصغير حيث قال : فأما عندهما فالجواب فيه في العمد والخطأ كالجواب فيما إذا تزوجها على القطع وما يحدث منه ، أو على الجنابة لما ذكر في المسئلة المتقدمة ، كذا في شروح

أي للعاقلة (ثلث ما ترك) أي ثلث ما زاد على مهر المثل إلى تمام الدية يكون وصية . وقوله (فاتفق جوابهما في الفصلين) يعنى في التزوج على اليد إذا كان القطع خطأ ، وفي التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجنابة ، وعبر بالفصلين باعتبار المختلف

(قوله إذا كان القطع خطأ) أقول : التقييد به ما لا يظهر وجهه ، فإنه إذا كان القطع عمداً فالاتفاق في الجواب على حاله .

قال (ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فإنه يقتل المقتص منه) لأنه تبين أن الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص له القود . واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن كان له القود إذا استوفى طرف من عليه القود . وعن أبي يوسف أنه يسقط حقه في القصاص : لأنه لما أقدم على القطع فقد أبرأه عما وراءه . ونحن نقول : إنما أقدم على القطع ظنا منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين أنه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به قال (ومن قتل وليه عمدا فقطع يده قاتله ثم عفا وقد قضى له بالقصاص أو لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند أبي حنيفة . وقالوا : لا شيء عليه) لأنه استوفى حقه فلا يضمه ، وهذا لأنه استحق إتلاف النفس بجميع أجزائها . ولهذا لو لم يعف لايضمه ، وكذا إذا سرى وما برأ أو ماعفا وما سرى ، أو قطع ثم حزر رقبته قبل البرء أو بعده وصار كما إذا كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه ثم عفا لايضمن الأصابع . وله أنه استوفى غير حقه ، لأن حقه في القتل . وهذا قطع وإبانة ، وكان القياس أن يجب القصاص إلا أنه سقط للشبهة فإن له أن يتلفه تبعا ، وإذا سقط وجب المال ،

الجامع الصغير انتهى (قوله ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فإنه يقتل المقتص منه) قال صاحب العنايه : لم يذكر ما إذا مات المقتص منه من القطع . وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة رحمه الله . وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي . لا شيء عليه على ما سيجيء انتهى . أقول : هذا الكلام منه هنا كلام خال عن التحصيل ، لأنه إن كان مقصوده منه مؤاخذه المصنف بأنه ترك ذكر تلك الصورة مع كون ذكرها أيضا مما يهم فلا وجه له إذ قد ذكرها أيضا فيما بعد ، وإن كان مقصوده منه مؤاخذه المصنف بأنه لم يذكر تلك الصورة هنا مع كون حقه أن تذكرها فليس كذلك : فإن تلك الصورة من قبيل استيفاء من له القصاص في الطرف كما صرح به في الكتاب فيما بعد ، وما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس . ولما كانت المسئلة المتصلة بما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس أيضا كما ترى ذكرها المصنف عقيب ما نحن فيه وأخر تلك الصورة عنها ، وإن كان مقصوده منه مجرد بيان حكم تلك الصورة أيضا دون مؤاخذه المصنف بشيء فلا فائدة فيه : إذ قد بين المصنف حكمها فيما سيجيء مفصلا ومدلا فيلغو بيان ذلك الشارح إياه هاهنا (قوله ونحن نقول : إنما أقدم على القطع ظنا منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين أنه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به) قال صاحب الإصلاح والإيضاح : وفيه إشكال لما مر أن صورة العفو تكفي في سقوط القود لأنها تورث شبهة وبذلك تمسكوا في سقوطه فيما إذا عفا عن القطع ثم مات منه ولم يلتفتوا ثمة إلى المقدمة القائلة إنه لا يكون مبرئا عنه بدون العلم به انتهى . أقول : جوابه أنه قد تقرر عندهم أن الشبهة معتبرة دون شبهة الشبهة ، فقيم نحن فيه يكون الإبراء عن النفس شبهة الشبهة ، لأن الإقدام على القطع لا يقتضي الفراغ مما وراءه رأسا لجواز أن يستوفى القتل أيضا بعد القطع كمن له القود يستوفى طرف من عليه القود ثم يقتله فتحققت شبهة ، ثم إن الفراغ مما وراءه القطع لا يقتضي الإبراء عنه أيضا لجواز أن يفرغ منه ظنا أن حقه في القطع لا إبراء عما وراءه فتحققت شبهة بعد شبهة فصارت شبهة الشبهة فلم تعتبر ، بخلاف ما إذا عفا عن القطع ثم مات منه فإن العفو عن القطع هنا مقرر لأشبهة فيه ، وإنما بقيت شبهة أن يكون العفو عن القطع عفوا عن القتل فاعتبرت في سقوط القود بها لكون الشبهة دائرة له فافترقا تأمل ، فإن هذا معنى

والتفق وإلا فالفصول الثلاثة . (قال ومن قطعت يده فاقتص له من اليد) كلامه واضح ، ولم يذكر ما إذا مات المقتص منه من القطع ، وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة . وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي لا شيء عليه على ما سيجيء . وقوله (ومن قتل وليه عمدا) صورته ظاهرة وكذلك دليلهما ، وأما دليل أبي حنيفة فيحتاج إلى كلام ، فقوله إنه استوفى غير حقه لأن حقه في القتل ، وهذا قطع وإبانة في الأصل ظاهر لا يقبل التشكيك ، وقد شكك بعضهم بما إذا شهد شاهدان على رجل بالقتل فقطع الولي يده ثم رجعا ضمنا اليده ، وإنما يضمندان ما أتلفاه بشهادتهما وما شهدا إلا بالقتل ، ولو كان القطع غير القتل لما ضمنا ، وكون القطع غير القتل لا يرتاب فيه أحد ، وليس أصل المسئلة ذلك وإنما هي بناء على أنها أوجبا له قتل

(قوله وإنما هي بناء على أنها أوجبا له) أقول : بل أباحا .

وإنما لا يجب في الحال لأنه يحتمل أن يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه، وملك القصاص في النفس ضروري لا يظهر إلا عند الاستيفاء أو العفو أو الاعتياض لما أنه تصرف فيه، فأما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما إذا سرى لأنه استيفاء. وأما إذا لم يعف وما سرى، قلنا إنما يتبين كونه قطعاً بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفا وبرأ الصحيح أنه على هذا الخلاف، وإذا قطع ثم حزر رقبته قبل البرء فهو استيفاء ولو حزر بعد البرء فهو على هذا الخلاف هو الصحيح. والأصابع وإن كانت تابعة قياماً بالكف فالكف تابعة لها غرضاً. بخلاف الطرف لأنها تابعة للنفس من كل وجه. قال (ومن له القصاص في الطرف إذا استوفاه ثم سرى إلى النفس ومات يضمن دية النفس عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يضمن) لأنه استوفى حقه وهو القطع، ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب انقصاص، إذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالإمام والبراغ والحجاء والمأور بقطع اليد. وله أنه قتل بغير حق لأن حقه في القطع وهذا وقع قتلاً ولهذا لو وقع ظلماً كان قتلاً. ولأنه جرح أفضى إلى فوات الحياة في مجرى العادة وهو مسمى القتل، إلا أن القصاص سقط للشبهة فوجب المسأل بخلاف ما استشهدا به من المسائل إلا أنه مكلف فيها بالفعل، إما تقلداً كالإمام أو عقداً كما في غيره منها.

عميق ورفق دقيق (قواه بخلاف ما استشهدا به من المسائل لأنه مكلف فيها بالفعل، إما تقلداً كالإمام، أو عقداً كما في غيره منها) أقول: فيه تساهل، لأن من تلك المسائل ما لا يجب فعله لا تقلداً ولا عقداً وهو المأمور بقطع اليد، فإن المراد به ما إذا

النفس، وذلك يبرئ القاطع عن الضمان فيضمنان لإيجاب البراءة له بعد علة الضمان عليه. فصار كما لو شهدا على رجل أنه أبرأ غريمه عن الدين ثم رجعوا. وقوله (وإنما لا يجب المال في الحال) جواب عما يقال لما استوفى غير حقه وجب أن يضمن في الحال. وقوله (وملك القصاص في النفس ضروري) جواب عن قولهما إنه استوفى حقه: يعني لما كان ملك القصاص ضرورياً لثبوته مع المتأني وهو الحرية كما مر بحيث لا يظهر إلا في هذه الأحوال الثلاثة، وهي: استيفاء النفس بالقصاص، والعفو، والاعتياض لا يصح التصرف في القاتل بغيرها. والقطع مقصوداً غيرها فيكون تصرفاً في غير موضع الضرورة ولا حق له فيه فيجب الضمان. وقوله (فأما قبل ذلك) يعني قبل التصرف بهذه الأشياء الثلاثة يريد به القطع (فلم يظهر) يعني ملك القصاص (لعدم الضرورة) وقوله (بخلاف ما إذا سرى) جواب عن قولهما وكذا إذا سرى. وقوله (وأما إذا لم يعف وما سرى) جواب عن قولهما أو ما عفى وما سرى. وقوله (الصحيح أنه على الخلاف) يعني فلا يكون مستشهداً به، وكذا قوله هو الصحيح. وقوله (والأصابع وإن كانت تابعة) جواب عن قولهما وصار كما إذا كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه ثم عفا وهو اختيار بعض المشايخ فإنهم تبرعوا بالفرق. وأما صاحب الأسرار فنعاه وقال: لا نسلم أنه لا يلزمه ضمان الأصابع بل يلزمه إذا عفا عن الكف. وقوله (ومن له القصاص في الطرف إذا استوفاه) واضح. وقد أشرنا إليه من قبل. وقوله (فصار كالإمام) أي القاضي إذا قطع يد السارق فمات من ذلك فإنه لا شيء عليه. وقوله (والمأمور بقطع اليد) كما إذا قال أقطع يدي ففعل فمات لا شيء على القاطع. وقوله (في مجرى العادة) يعني أن الموت من الجرح ليس على خلاف العادة. وقوله (لأنه مكلف فيها) (أي في المسائل) بالفعل إما تقلداً كالإمام فإنه إذا تقلد القضاء وجب عليه أن يحكم (أو عقداً) كما مر في غير الإمام من

(قوله وذلك يبرئ القاطع عن الضمان) أقول: هذا إذا كان رجوعهما قبل البرء، أما إذا كان بعده ينبغي أن يضمن القاطع فإنه لا يبرأ عن الضمان بعد البرء عند أبي حنيفة. على أنا نقول: قوله يبرئ القاطع عن الضمان. قلنا: مطلقاً أو بعد البرء، والثاني باطل، وفي الأول إن برأ لا يجب ضمان القطع، وإن لم يتبين الحال لا يضمن في الحال كما لا يخفى (قال المصنف) وإنما لا يجب في الحال لأنه يحتمل أن يصير قتلاً بالسراية فيكون مستوفياً حقه) أقول: فيكون عفوهم لنوا استيفائه حقه قبله. مستنداً (قوله يريد به القطع) أقول: المضاف مقدر: أي حال القطع.

والواجبات لا تنقيد بوصف السلامة كالرمي إلى الحربى ، وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب . إذ هو مندوب إلى العفو فيكون من باب الإطلاق فأشبهه الاصطيد .

(باب الشهادة فى القتل)

قال . (ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فإنه يعيد البينة) عند أبى حنيفة ،

قال أقطع يدي ففعل فسرى إلى النفس فأت كما صرح به فى الكافى وعامة الشروح فلم يتم قول المصنف أو عقدا كما فى غيره منها فإن العقد إنما يتحقق فى البزاع والحجاء منها دون المأمور بالقطع مع أنه غير الإمام وأنه من تلك المسائل أيضا ، ولا يجدى التثبت بالتغليب نفعا هنا ، لأن قوله بعده والواجبات لا تنقيد بوصف السلامة لا يتمشى فى تلك المسئلة ، إذ لا يجب على المأمور بالقطع القطع بل هو تبرع منه كما لا يخفى ، فيلزم أن يكون الدليل المذكور فى الكتاب قاصرا عن إفادة الفرق فى حق تلك المسئلة كما ترى . نعم يمكن الفرق فى حقها أيضا بأن يقال لما فعل المأمور بالقطع بإذن الأمر انتقل حكم الفعل إلى الأمر فصار كما لو قطع يد نفسه وفى ذلك لا ضمان ، لكن الكلام فى قصور عبارة الكتاب عن إفادة تمام المرام وهذا مما لا ريب فيه .

(باب الشهادة فى القتل)

لما كانت الشهادة فى القتل أمرا متعلقا بالقتل أوردتها بعد ذكر حكم القتل لأن ما يتعلق بالشئ كان أدنى درجة من نفس ذلك الشئ . (قوله ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فإنه يعيد البينة عند أبى حنيفة

المسائل : يعنى البزاع والحجاء فإن الفعل يجب عليهما بعقد الإجارة (والواجبات لا تنقيد بوصف السلامة كالرمي إلى الحربى وفيما نحن فيه) من الاستيفاء (لا وجوب ولا التزام) إذ العفو مندوب إليه ، قال الله تعالى - وأن تعفوا أقرب للتقوى - فيكون من باب الإطلاق : أى الإباحة فأشبهه الاصطيد ، وأوردى إلى صيد فأصاب إنسانا ضمن كذا هذا ، وطولب بالفرق بين هذا وبين المستأجر والمستعير ، ومعلم ضرب الصبي بإذن الأب فأت ، وقاطع يد حربى أو مرتدا أسلم بعد القطع فإنه لا يجب على المستأجر ، والمستعير للركوب إذا نفقت الدابة منه ، وعلى المعلم والقاطع ضمان ، وهاهنا يجب إذا سرى . وأوجب بأن فى الثلاثة الأولى حصل سبب الهلاك بالإذن فينتقل الفعل إلى الإذن ، ولو أهلك المالك دابته لم يجب عليه شئ فكذا إذا أذن بسبب الهلاك ، والأب إذا قتل ابنه وجب عليه الدية فكذلك هاهنا ، بخلاف المقتصر له فإنه يقطع بالملك دون الإذن ، ولما قطع وسرى كان القطع قتلا وليس له ملك القتل فكان تصرفا فى غير ملكه وهو يوجب الضمان . وأما الرابع فلأن القطع مع السراية يصير قتلا من الابتداء ، ولو قتل ابتداء وقع القتل قبل الإسلام فى مباح الدم وذلك لا يوجب الضمان ، فكذا إذا صار قتلا من الابتداء لأنه مستند إلى ابتداء القطع .

(باب الشهادة فى القتل)

القتل بعد تحققه ربما يحدد فيحتاج من له القصاص إلى إثباته بالبينة فيبين الشهادة فيه فى باب على حدة (ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فإنه يعيد البينة عند أبى حنيفة .

ثم اعلم أن ضمير به راجع إلى قوله قبل التصرف (قوله أو مرتدا أسلم بعد القطع) أقول : ثم سرى إلى النفس (قوله وعلى المعلم والقاطع ضمان) أقول : قوله ضمان فاعل لقوله لا يجب ، ومعناه : لا يجب الضمان على المعلم بل يجب على الأب ، ولا يجب الضمان على القاطع أيضا (قوله بخلاف المقتصر له فإنه يقطع بالملك) أقول : وكذلك القطع بإذن المالك الحق والمالك المطلق (قوله دون الإذن) أقول : وكذلك المستأجر والمستعير يملكان المنفعة كالركوب دون الإهلاك .

(باب الشهادة فى القتل)

وقالا : لا يعيد (وإن كان خطأ لم يعدها بالإجماع) وكذلك الدين يكون لأبيهما على آخر . لهما في الخلافة أن القصاص طريقه طريقة الوراثة كالدين : وهذا لأنه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية ، ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت . ولهذا يسقط بعقوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب أحد الورثة خصما عن الباقيين . وله أن القصاص طريقه الخلافة دون الوراثة ؛ ألا ترى أن ملك

رحمه الله ، وقالا : لا يعيد) قال في العناية : والأصل أن استيفاء القصاص حق الوارث عنده وحق المورث عندهما . وقال : وليس لأبي حنيفة تمسك بصحة العفو من الوارث حال حياة المورث استحسانا ، كما أنه ليس لهما ذلك بصحة العفو من المورث المجرور استحسانا للتدافع انتهى . أقول : فيه بحث ، لأن ما تمسكا به لا ينتهض حجة على أبي حنيفة ، وما تمسك به ينتهض حجة عليهما فكيف يتحقق التدافع بين ذينك التمسكين . وذلك أن القصاص وإن كان حقا للوارث عنده باعتبار ثبوته للوارث ابتداء بناء على أن القصاص لا يثبت إلا بعد الموت والميت ليس من أهل أن يثبت له هذا الحق لأنه شرع للتشني ، ودرك الثأر والميت ليس بأهل لذلك لكنه حق للمورث أيضا عنده باعتبار انعقاد سببه الذي هو الجناية في حق المورث ، وقد صرح به في كثير من الشروح . فأبو حنيفة راعى فيما نحن فيه جهة كون القصاص حقا للوارث فقال باشتراط إعادة البيعة إذا حضر الغائب احتيالا للدرء وراعى في مسئلة العفو من المورث المجرور جهة كونه حقا للمورث فقال بصحة العفو منه احتيالا للدرء أيضا . وأما عندهما فالقصاص حق ثابت للمورث ابتداء من كل الوجوه ، ثم ينتقل بعد موته إلى الوارث بطريق الزرارة كسائر أملاكه ،

وقالا : لا يعيد ، وإن كان خطأ . لا يعيد بالإجماع) وكذلك الدين يكون لأبيهما على آخر ، والأصل أن استيفاء القصاص حق الورثة عنده وحق المورث عندهما ، وليس لأبي حنيفة تمسك بصحة العفو من الوارث حال حياة المورث استحسانا ، كما أنه ليس لهما ذلك بصحة العفو من المورث المجرور استحسانا للتدافع . والقياس عدم الجواز ، أما من جهة المورث فلأن القتل لم يوجد بعد ، وأما من جهة الوارث فلو قوعه قبل ثبوت حقه . ووجه الاستحسان أن السبب قد تحقق فصيح من كل منهما لذلك ، وإذا ظهر ذلك ظهر وجه قولهما إن القصاص طريقه طريقة الوراثة كالدين ، وما كان كذلك كان حكمه حكم الدين ، وحكمه أن ينتصب أحد الورثة خصما عن الباقيين ، واستدل لهما على أن طريقه طريقة الوراثة بقوله وهذا لأنه عوض نفس ، قال الله تعالى

(قال المصنف : لهما في الخلافة أن القصاص طريقه طريقة الوراثة كالدين) أقول : في شرح الجامع الصغير الصدر الشهيد : لهما أن القصاص يصير مملوكا للمقتول ثم يصير موروثا عنه كالدين سواء ، ولهذا يكون للمرأة نصيب في القصاص ، والمرأة لأملك شيئا من حق الزوج إلا بطريق الوراثة ، ثم في الدين لاتعاد البيعة ، كذا هذا ، ولأبي حنيفة بلى ولكن فيه شبهة ثبوته لهم ابتداء ، لأن الميت لا ينتفع به منفعة دنيوية ، ولو ثبت لهم ابتداء تعاد له البيعة ، فكذا إذا كان فيه شبهة الثبوت انتهى . وعلى هذا ينبغي أن يحمل كلام المصنف : يعنى أن القصاص فيه شبهة كون طريقه الخلافة دون الوراثة فحينئذ تندفع المخالفات والمناقضات كما لا يخفى . وفي شرح الإمام الترمذى : ولأبي حنيفة رحمه الله أن في القصاص شبهة ثبوته ابتداء ، لأنهم هم الذين ينتفعون بالقصاص دون الميت فإنه لا يقضى منه ديونه ولا ينفذ منه وصاياه ، ومن هذا الوجه لا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب ، والقصاص لا يثبت مع الشبهة ، ولا كذلك الخطأ والدين لأنه مال والميت ينتفع به فثبت له ثم ينتقل إلى الوارث ، وكذا لو انقلب القصاص مالا كان حقا للمقتول تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه انتهى . والحاصل أن الإمام أبا حنيفة رحمه الله تعالى تارة يعتبر الوراثة إذا كان في اعتباره نفع في سقوط القصاص ، وتارة يعتبر شبهة الخلافة إذا كان النفع في اعتباره ، وفي غاية البيان : ولأبي حنيفة أن القصاص حق الميت من وجه وحق الورثة ابتداء من وجه ، وذلك لأنه شرع للتشني ودرك الثأر وهذا حق الورثة ابتداء من هذا الوجه ، لأن الميت لا ينتفع به ، ومن حيث أنه بدل النفس حق للميت ، ولهذا لو انقلب مالا تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ، إلى آخر ما ذكره . قال الإمام الزيلعي في قوله تعالى - ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا - نص على أن القصاص ثبت للوارث ابتداء (قوله كما أنه ليس لهما ذلك) أقول : يعنى ليس لهما تمسك كأبي حنيفة (قوله للتدافع) أقول : هذا تعليل لقوله وليس لأبي حنيفة تمسك ، ولقوله كما أنه ليس لهما ذلك الخ : يعنى للتدافع بين التمسكين (قوله وهذا لأنه عوض نفس ، قال الله تعالى

القصاص يثبت بعد الموت والميت ليس من أهله ، بخلاف الدين والدية لأنه من أهل الملك في الأموال ، كما إذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فإنه يملكه . وإذا كان طريقه الإثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصما عن الباقيين فيعيد البيعة بعد حضوره (فإن كان أقام القاتل البيعة أن الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص) لأنه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص إلى مال . ولا يمكنه إثباته إلا بإثبات العفو من الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب (وكذلك عبد بين رجلين قتل عمدا وأحد الرجلين غائب فهو على هذا) لما بيناه . قال (فإن كان الأولياء ثلاثة فشهد اثنان منهم على الآخر أنه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما) لأنهما يجزآن بشهادتهما إلى أنفسهما مغنا وهو انقلاب القود مالا (فإن صدقتهما القاتل فالدية بينهما أثلاثا) معناه : إذا صدقهما وحده . لأنه لما صدقهما فقد أقر بثلثي الدية لهما فصح إقراره ، إلا أنه يدعى سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه (وإن كاذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية) ومعناه : إذا كذبهما القاتل أيضا ، وهذا لأنهما أقرأ على أنفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل إلا بحجة ، وينقلب نصيب المشهود عايه مالا لأن دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق

فيتجه عليهما المواخذة لصحة العفو من الوارث حال حياة المورث استحسانا بالإجماع فتدبر (قوله وإن كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية معناه إذا كذبهما القاتل أيضا) قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام : وإن كذبهما فلا شيء أى وإن كذبهما المشهود عليه ، معناه : إذا كذبهما القاتل أيضا ، وإنما قيد بهذا لأنه إذا صدقهما القاتل عن تكذيب المشهود عليه يجب على القاتل دية كاملة بينهما أثلاثا ثم قال : وفي بعض النسخ معناه : إذا كذبهما المشهود عليه أيضا فحينئذ كان معنى قوله وإن كذبهما : أى وإن كذبهما القاتل انتهى . وعلى طرزه شرح صاحب الغاية أيضا ، إلا أنه جعل النسخة الثانية أصلا على عكس ما في النهاية ،

- وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس - فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية ، ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت تقضى به ديونه وتنفذ منه وصاياه . ولأبي حنيفة أن طريق الخلافة ، وهو أن يثبت لمن يخاف ابتداء ، كالعبد إذا آتاه فإنه يثبت الملك للمولى ابتداء بطريق الخلافة لأن العبد ليس بأهل للملك ، كما أن الميت ليس من أهل القصاص لكونه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت والوراثة هو أن يثبت الملك للمورث ابتداء ثم لوارث . وقوله (بخلاف الدين) جواب عن قولهما كالدين (لأنه) أى الميت من أهل الملك في الأموال كما إذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فإنه يملكه . وإذا كان طريقه الإثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصما عن الباقيين فيعيد الغائب البيعة بعد حضوره ، وهذا أنسب للقواعد الفقهية ، فإن المحل مما للشبهة فيه مجال . وقوله (فإن أقام القاتل البيعة) واضح . وقوله (لأنهما يجزآن) تعليل لقوله فشهادتهما باطلة ، وتعليل قوله وهو عفو منهما لم يذكره ، وهو ما قال الإمام المجبوبي لأنهما زعما أن القود قد سقط وزعمهما معتبر في حقهما . وقوله (فإن صدقهما القاتل فالدية بينهما أثلاثا) يتأتى فيه الأقسام العقلية ، لأنه إما أن يصدقهما القاتل والمشهود عليه جميعا أو يكذباهما أو يصدقهما القاتل دون المشهود عليه أو بالعكس ، والمذكور في الكتاب أولا هو أن يصدقهما القاتل وحده وفيه الدية بينهما أثلاثا لما ذكر في الكتاب من التعليل ، وأشار بقوله وخده إلى أنهما لو صدقاهما ضمن القاتل للشاهدين ثلثي الدية لا غير لأنهما ادعيا على القاتل المال وصدقهما القاتل فيه ، ولا شيء للمشهود عليه لأنه بتصديقه الشاهدين فيما شهدا أقرأ بالعفو فصار كما لو ثبت ذلك عيانا . وقوله (إن كذبهما) أى كذبهما القاتل والمشهود عليه أيضا (فلا شيء للشاهدين وللمشهود عليه ثلث الدية) لما ذكره في الكتاب .

- وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس - (أقول : يعنى الباء للمعاوضة (قوله ولا يتصور الفعل من الميت) أقول : لا بد هنا من مراجعة التمراتى (قال المصنف : ومعناه : إذا كذبهما القاتل أيضا) أقول : قال الإتيقاني : فعمل هذا يكون تقدير قوله وإن كذبهما : أى المشهود عليه . وفي بعض النسخ : ومعناه إذا كذبهما المشهود عليه أيضا وهو أصبح انتهى . وجه الأصحية نبه مساق الكلام عن النسخة الأولى ، فإنه

المشهدود عايه : لأن سقوط القود مضاف إليهما ، وإن صدقهما المشهدود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهدود عليه لإقراره له بذلك . قال (وإذا شهد المشهدود أنه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود إذا كان عمدا) لأن الثابت بالشهادة كالثابت معاينة ، وفي ذلك القصاص على ما بيناه ، والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه . لأن الموت بسبب الضرب إنما يعرف إذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات ، وتأويله إذا شهدوا أنه ضربه بشيء جارح .

وقال : والأول أصح . أقول : مدار ما ذكرنا في شرح المقام على أنهما فهما أن مراد المصنف بقوله معناه إذا كذبهما القاتل أيضا وكذا بقوله في النسخة الأخرى معناه إذا كذبهما المشهدود عليه أيضا بيان الكلام المقدر في عبارة الجامع الصغير وهي قوله وإن كذبهما فلا شيء لهما ، فإنهما جعلتا فاعل كذبهما في قوله وإن كذبهما فلا شيء لهما ضميرا راجعا إلى المشهدود عليه على نسخة معناه إذا كذبهما القاتل أيضا ، وضمير راجعا إلى القاتل على نسخة معناه إذا كذبهما المشهدود عليه أيضا ، وهذا لا يتصور إلا بأن يكون مراد المصنف في النسخة الأولى أن جملة إذا كذبهما القاتل أيضا مقدر في عبارة الجامع الصغير فتقديرها وإن كذبهما المشهدود عليه فلا شيء لهما إذا كذبهما القاتل أيضا ، وفي النسخة الأخرى أن جملة إذا كذبهما المشهدود عليه أيضا مقدر فيها فتقديرها وإن كذبهما القاتل فلا شيء لهما إذا كذبهما المشهدود عليه أيضا ، لكن ليس ما ذهبنا إليه بسديد ، إذ يأباه قطعاً قول المصنف معناه لأن المقدر لا يكون معنى المذكور . والحق عندى أن مراد المصنف بيان اعتبار مجرد قيد أيضا في عبارة الجامع الصغير هنا كما أنه بين قبيله اعتبار قيد وحده في عبارته حيث قال : معناه إذا صدقهما وحده ، فإرادة على النسخة الأولى أن معنى قول محمد في الجامع الصغير وإن كذبهما إذا كذبهما القاتل ، أيضا : أى مع المشهدود عليه ، كما أن معنى قوله فيما قبل فإن صدقهما القاتل إذا صدقهما وحده : أى بدون المشهدود عليه والقيدان منويان بمعونة المقام ، ومراده على النسخة الأخرى معنى قول محمد وإن كذبهما إذا كذبهما المشهدود عليه أيضا : أى مع القاتل ، فحينئذ ينظم الكلام ويتضح المرام (قوله وتأويله إذا شهدوا أنه ضربه بشيء جارح) قال في الكفاية : وإنما أول لتكون المسئلة مجمعا عليها . وقال في معراج الدراية نقلا عن الذخيرة : ما ذكر في الجامع الصغير إن

(وقوله وإن صدقهما المشهدود عليه وحده) يعنى وكذبهما القاتل (غرم القاتل للمشهدود عليه ثلث الدية لإقراره له بذلك) وفي بعض النسخ ولكنه يضرَف ذلك إلى الشاهدين وهذا استحسان ، والقياس أن لا يلزمه شيء لأن ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لإنكاره . وما أقر به القاتل للمشهدود عليه قد بطل بتكذيبه . وجه الاستحسان أن القاتل بتكذيبه الشاهدين أقر للمشهدود عليه بثلث الدية لزعمه أن القصاص سقط بدعواهما العفو عن الثالث وانقلب نصيبه مالا والثالث لما صدق الشاهدين في العفو فقدز عم أن نصيبهما انقلب مالا فصار مقرا لهما بما أقر به القاتل فيجوز قراره بذلك بمنزلة ما لو أقر لرجل بألف درهم فقال المقر له هذه الألف ليست لي ولكنها لفلان جاز وصار الألف لفلان ، كذا هذا . قال (وإذا شهدا المشهدود أنه ضربه) صورة المسئلة ظاهرة . وقوله (وإذا كان عمدا) أقول : المصنف احتز به عن الخطأ . ثم قال (وتأويله إذا شهدوا أنه ضربه بشيء جارح) لأنه إذا لم يكن كذلك لا يجب القود عند أبي حنيفة كما تقدم . قيل المشهدود شهدوا على الضرب بشيء جارح ، ولكن قد يكون خطأ فكيف يثبت القود . وأجيب بأنهم لما شهدوا أنه ضربه بسلاح فقد شهدوا أنه قصد ضربه ، لأنه لو كان مخطئا لا يلح لهم أن يشهدوا أنه ضربه ، وإنما يشهدون أنه قصد ضرب غيره فأصابه . وأقول : هذا ليس بوارد على صاحب الهداية ، لأنه أشار إليه بقوله إذا

عطف على قوله صدقهما القاتل الخ ومقابل له ، والفاعل المذكور فيه هو القاتل ، فالضمير هنا يكون ذلك ، وأيضا ينبغي أن يقال حينئذ وله ثلث الدية دون الآخر تدبر (قوله وفي بعض النسخ ، إلى قوله : وصار الألف لفلان كذا هذا) أقول : إلى هنا في بعض النسخ (قوله وأقول : هذا ليس بوارد على صاحب الهداية الخ) أقول : لكن يرد على المصنف أنه إذا كان جواب المسئلة ما ذكره المحجب ، وقد نص عليه الإمام خواهر زاده يكون التقييد بقوله إذا كان عمدا للاحتراز عن الخطأ بما يعدلوا بل خطأ لإيهامه خلاف الواقع فتأمل

قال (وإذا اختلف شاهدوا القتل في الأيام أو في البلد أو في الذي كان به القتل فهو باطل) لأن القتل لا يعاد ولا يكرر ، والقتل في زمان أو في مكان غير القتل في زمان أو مكان آخر ، والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لأن الثاني عمد والأول شبه العمد ، ويختلف أحكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد (وكذا إذا قال أحدهما قتله بعضا وقال الآخر لا أدري بأي شيء قتله فهو باطل لأن المطلق يغير المقيد . قال (وإن شهد أنه قتله وقال : لا ندري بأي شيء قتله ففيه الدية استحسانا) والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة لأن القتل يختلف باختلاف الآلة فجعل المشهود به . وجه الاستحسان أنهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب أقل موجبيه وهو الدية ولأنه يحمل إجماعهم في الشهادة على إجماعهم بالمشهود عليه ستر عليه .

كان قولهما فهو مجرى على إطلاقه ، وإن كان قول الكل فتأويله أن تكون الآلة جارحة انتهى . ثم قال جمهور الشراح : فإن قيل : الشهود شهدوا على الضرب بشيء جارح ولكن الضرب به قد يكون خطأ فكيف يثبت القود مع أنهم لم يشهدوا أنه كان متعمدا ؟ قلنا : لما شهدوا أنه ضربه بسلاح فقد شهدوا أنه قصد ضربه ، لأنه لو كان مخطئا لايحتمل لهم أن يشهدوا أنه ضربه وإنما يشهدون أنه قصد ضرب غيره فأصابه . وقالوا : كذا ذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده . وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك السؤال والجواب . وأقول هذا ليس بوارد على صاحب الهداية لأنه أشار إليه بقوله إذا كان عمدا نعم يرد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احتراز عنه المصنف انتهى . وأنا أقول : نعم لا يرد على المصنف ذلك السؤال بعد ما قيد مسألة الجامع الصغير بقوله إذا كان عمدا ، لكن يرد عليه أن يقال : ليس لهذا التقييد هاهنا وجه ، لأنه إن أراد به أن وجوب القود في مسألة الجامع الصغير فيما إذا صرح الشهود بكون ضربه عمدا لا فيما إذا أطلقوا ضربه ولم يقيّدوا بكونه عمدا فليس الأمر كذلك على ما ذكره شيخ الإسلام ونقل عنه شراح الكتاب ، فإنه صريح في أن تصريح الشهود بذكر العمد ليس بلام في وجوب القود في المسئلة المذكورة ، وإن لم يرد به ذلك بل كان معترفا بما ذكره شيخ الإسلام فلا حاجة إلى تقييده المزبور بل لا وجه له كما لا يخفى (قوله والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لأن الثاني عمد والأول شبه العمد ويختلف أحكامهما) أقول : لو قال بدل قوله المذكور والقتل بآلة غير القتل بآلة كما قال في الزمان والمكان لكان أجمل وأشمل . أما كونه أجمل فظاهر . وأما كونه أشمل فلأن الاختلاف في الذي كان به القتل غير منحصر في الاختلاف فيما يوجب الاختلاف في الأحكام كالعصا والسلاح ، بل يعم الاختلاف في غير ذلك أيضا كالسيف والرمح ، فإن القتل بكل واحد منهما عمد يوجب القود ، ومع ذلك لو قال أحد الشاهدين قتله بسيف وقال الآخر قتله برمح كانت شهادتهما أيضا باطلة : نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي حيث قال : ولو شهد أحدهما أنه قتله بسيف وشهد الآخر أنه طعنه برمح أو شهد أحدهما أنه ضربه بسيف وشهد الآخر أنه رماه بسهم أو اختلفا في مكان القتل أو وقته أو مواضع الجراحة من بدنه فالشهادة باطلة انتهى (قوله ولأنه يحمل إجماعهم في الشهادة على إجماعهم بالمشهود عليه ستر عليه) فيه صنعة التجنيس التام كما في قوله تعالى - ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة - فالإجمال الأول هاهنا

كان عمدا ، نعم يرد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احتراز عنه المصنف (وقوله وإذا اختلف شاهدوا القتل) ظاهر ، وقد تقدم في الشهادات أن اختلاف الشاهدين في الأموال يمنع عن الحكم بها ففي النفوس أولى . وقوله (لأن المطلق يغير المقيد) فإن المطلق يوجب الدية في ماله والمقيد بالعصا على العاقلة ، وقوله (فإن شهدوا أنه قتله) واضح . وقوله (لأنه يحمل إجماعهم في الشهادة) فيه صنعة التجنيس التام كما في قوله تعالى - ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة - الأول بمعنى الإبهام والثاني بمعنى الصنيع وهو الإحسان ، وهو في الحقيقة جواب عما يرد على وجه الاستحسان ، وهو أن يقال : الشهود في قولهم لا ندري بأي شيء قتله إما صادقون أو كاذبون لعدم الوساطة بين الصدق والكذب ، وعلى كلا التقديرين يجب أن لا تقبل شهادتهم ، لأنهم إن صدقوا امتنع القضاء بها لاختلاف موجب السيف والعصا ، وإن كذبوا فكذلك لأنهم صاروا قبسة . ووجه ذلك أنهم جعلوا عالمين بأنه قتله بالسيف ، لكنهم بقولهم لا ندري اختاروا حسبة السر على القاتل وأحسنوا إليه بالإحياء وجعل كذبهم هذا معفوًا

وأولوا كذبهم في نفي العلم بظاهر ماورد بإطلاقه في إصلاح ذات البين وهذا في معناه .

بمعنى الإبهام ، والثاني بمعنى الصنيع وهو الإحسان . ثم إن كثيرا من الشراح قالوا قول المصنف هذا جواب عما يرد على وجه الاستحسان . وهو أن يقال : الشهود في قولهم لا ندرى بأى شيء قتله إما صادقون أو كاذبون . وعلى كلا التقديرين ينبغي أن لا تقبل شهادتهم . لأنهم إن صدقوا امتنع القضاء بهذه الشهادة لاختلاف موجب السيف والعصا . وإن كذبوا صاروا فسقة وشهادة الفاسق لا تقبل . فقال في جوابه : إنهم جعلوا عالين بأنه قتله بالسيف . لكنهم بقولهم لا ندرى اختاروا حجة السر على القاتل وأحسنوا إليه بالإحياء وجعل كذبهم هذا مغفوا عند الله تعالى لما جاء في الحديث « ليس بكذاب من يصلح بين اثنين » فبتأويلهم كذبهم بهذا لم يكونوا فسقة فتقبل شهادتهم . وهو معنى قوله أولوا كذبهم بظاهر ما ورد بإطلاقه : أى بظاهر ماورد بتجوز الكذب انتهى كلامهم . أقول : فيه نظر : إذ لا ورود لما ذكره على وجه الاستحسان أصلا حتى يرتكب المصنف لدفعه هذا المضيق ، وذلك لأن ما ذكره من المخدور في صورة إن صدق الشهود هو بعينه ما ذكره المصنف في وجه القياس في هذه المسئلة ، وقد حصل الجواب عنه في وجه الاستحسان الذى ذكره من قبل . توضيحه هو أنه لم تكن شهادة واحد منهم بالقتل بآلة وشهادة الآخر منهم بالقتل بآلة أخرى حتى يتحقق الاختلاف بينهم في الشهادة بناء على اختلاف الفعل باختلاف الآلة ، بل كانت شهادة كل واحد منهم بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل . ولهذا وجب العمل به كما عرف في أصول الفقه فيحمل على الأقل المتيقن ، فيجب أقل موجبه وهو الدية فيحصل الاتفاق بينهم من هذا الوجه . فلا يتوجه أن يقال : إن صدق الشهود امتنع القضاء بشهادتهم لوقوع الاختلاف باختلاف الآلة . وأيضا قول المصنف في ذيل هذا الكلام : فلا يثبت الاختلاف بالشك بأى كون مراده بكلامه هذا هو الجواب عما ذكره هؤلاء الشراح . إذ يكون حاصل الجواب حينئذ اختيار أنهم كاذبون ومنع فسقهم بناء على تأويلهم كذبهم بما ورد في الحديث فلا يبقى الاحتياج إذ ذلك إلى قوله فلا يثبت الاختلاف بالشك . بل لا يكون له أساس بالجواب المذكور فيلزم أن يكون لغوا من الكلام . والحق عندى أن قول المصنف ولأنه يحمل إجماعهم في الشهادة الخ وجه آخر للاستحسان يظهر تقريره وتطبيقه للمقام بأدى تأمل صادق ، ويخرج منه الجواب عن وجه آخر للقياس في هذه المسئلة المذكور في الكافي وغيره . وهو أن الشهادة بالوجه المذكور غفلة من الشاهدين فلا تقبل (قوله وهذا في معناه) قال جمهور الشراح : أى ستر الشاهد على المشهود عليه في معنى إصلاح ذات البين بجامع أن العفو مندوب إليه هاهنا كما أن الإصلاح مندوب إليه هناك فكان ورود الحديث هناك ورودا هاهنا انتهى . أقول : فيه بحث . لأن المندوب إليه في باب القتل إنما هو عفو أولياء القتيل دون عفو الشهود . كيف ولو كان العفو حق الشهود لكان الأفضل لهم أن لا يشهدوا رأسا بما يتعلق بالقتل كما في الحدود فلزم أن لا يرجد الباعث على ارتكابهم الكذب في شهادتهم المذكورة هاهنا . بخلاف إصلاح ذات البين . فإنه قد يتوقف على ارتكاب الكذب فيرخص الكذب هناك . وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال : ينبغي أن يكون المراد بالغفو درء القصاص ، وإلا فهو تلو الوجوب . فحيث لا وجوب للقصاص لا عفو عنه . ثم قال : والأظهر أن يقول بجامع أن الستر مندوب إليه انتهى . أقول : يرد على توجيهه أيضا أن يقال : لو كان درء القصاص من غير شبهة مندوبا إليه وكان

عند الله لما جاء في الحديث « ليس كذاب من يصلح بين اثنين » فبتأويلهم كذبهم بهذا لم يكونوا فسقة فتقبل شهادتهم ، وهو معنى قوله (وأولوا كذبهم بظاهر ما ورد بإطلاقه) أى بتجوز الكذب . وقوله (وهذا في معناه) أى ستر الشاهد على المشهود عليه في معنى إصلاح ذات البين بجامع أن العفو مندوب إليه هاهنا ، كما أن الإصلاح مندوب إليه هناك ، فكان ورود الحديث

(قوله بجامع أن العفو مندوب إليه هاهنا الخ) أقول : ينبغي أن يكون المراد بالغفو درء القصاص ، وإلا فهو تلو الوجوب ، فحيث لا وجوب للقصاص لا عفو منه . ويمكن أن يقرر هذا البحث بوجه آخر بأن يقال : إنه لا يكذب للعفو لأنه فرع وجوب القصاص ، والأظهر أن يقول بجامع أن الستر مندوب إليه ، أو يقال : هذا إصلاح معنى حيث يخلصه هذا الكذب عن القتل الذى لا مضرة فوه ، وأى إصلاح يعادله ، وأنت خير إذا قيل مراده من العفو الدرع لا يدفع المخدور .

فلا يثبت الاختلاف بالشك ، وتجب الدية في ماله لأن الأصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة . قال (وإذا أقرّ رجلان كل واحد منهما أنه قتل فلانا فقال الولي قتلناه جميعا فله أن يقتلهما ، وإن شهدوا على رجل أنه قتل فلانا وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي قتلناه جميعا بطل ذلك كله) والفرق أن الإقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص ، وقد حصل التكذيب في الأولى من المقر له وفي الثانية من المشهود له . غير أن تكذيب المقر له المقر في بعض ما أقرّ به لا يبطل إقراره في الباقي ، وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلا ، لأن التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول ، أما فسق المقر لا يمنع صحة الإقرار .

دروءه جائر الشهود بعد أن عاينوا القتل بجراح عمدا لكان عليهم أن لا يشهدوا بالقتل أصلا ، فلا يوجد ما يسوغ ارتكابهم الكذب في طريق شهادتهم المذكورة هنا ، ثم إن ورود هذا على ما عده أظهر هاهنا أظهر ، إذ لو كان ستر القصاص مندوبا إليه لكان الأفضل للشهود أن يستره طرا بأن لا يشهدوا بالقتل أصلا كما في الحدود فلا وجه لارتكابهم الكذب قط تأمل ترشد (قوله فلا يثبت : الاختلاف بالشك) قال في العناية : يعني إذا احتمل أن يكونوا عالمين وأجملوا واحتمل أن لا يكونوا كذلك وقع الشك ، والاختلاف لا يثبت بالشك انتهى . أقول : لقائل أن يقول : كما لا يثبت الاختلاف بالشك لا يثبت الاتفاق بذلك أيضا ، ومن شرائط قبول الشهادة اتفاق الشاهدين ، فإذا لم يثبت الاتفاق فكيف يتصور القبول تدبر (قوله غير أن تكذيب المقر له في بعض ما أقرّ به لا يبطل إقراره في الباقي ، وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلا) قال صاحب الغاية : ففي هذه المسئلة إذا أقرّ كل واحد منهما بالقتل فقد أقرّ كل واحد منهما بالإتلاف لجميع النفس وقد صدق الولي كل واحد منهما بإتلاف بعض النفس ، والقصاص يجب بإتلاف البعض كما يجب بإتلاف الكل فلهذا كان له أن يقتلهما . وأما في الشهادة فلما كذب كل فريق في بعض الشهادة بطلت شهادتهما في الكل انتهى . وقال صاحب النهاية في بيان صورة الإقرار : لما أقرّ كل واحد منهما بالقتل صدق الولي بقوله قتلناه كل واحد منهما في نصف القتل وكذبه في النصف ، والتكذيب في نصف ما أقرّ به لا يبطل الإقرار ، أما التكذيب في كل ما أقرّ به يبطل الإقرار لأنه حينئذ يكون ردّا لإقراره . والإقرار يرتد بالرد انتهى . أقول : هذا الشرح والبيان من ذنبك الشارحين مما لا يكاد يصح لما مر غير مرة أن القتل لا يتجزأ فكيف يتصور إتلاف بعض النصف ونصف القتل كما زعماء وبنوا عليه معنى المقام ، وأيضا قد مر أن الأصل عندنا فيما إذا قتل جماعة واحدا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال ، وبهذا الاعتبار يحصل التماثل بين الجماعة والواحد فيجب انقباض على الجميع فكيف يصح القول بوجوب القصاص بإتلاف بعض النفس ونصف القتل كما هو اللازم فيما نحن فيه على مقتضى تقريرهما . والصواب أن معنى المقام هو أن كل واحد منهما أقرّ بالقتل بانفراده ، وقد صدق الولي كل واحد منهما بقوله قتلناه جميعا في بعض ما أقرّ به وهو القتل ، وكذبه في بعضه الآخر وهو انفراده ، فعلى مقتضى أن تكذيب المقر له المقر في بعض ما أقرّ به لا يبطل إقراره في الباقي يؤخذ كل واحد منهما بإقراره بالقتل فالولي أن يقتلهما جميعا ، وإن ردّ انفراد كل واحد منهما بالقتل ويصير كما إذا قتل جماعة واحدا عمدا حيث يقتض من جميعهم إجماعا ، بخلاف صورة الشهادة كما بين في الكتاب .

هنالك ورودا هاهنا ، وقوله (فلا يثبت الاختلاف بالشك) يعني إذا احتمل أن يكونوا عالمين وأجملوا واحتمل أن لا يكونوا كذلك وقع الشك ، والاختلاف لا يثبت بالشك (وتجب الدية في ماله لأن الأصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة) وقوله (وإذا أقرّ الرجلان الخ) مسئلتان مبناها على أن تكذيب المقر له المقر في بعض ما أقرّ به لا يبطل إقراره في الباقي ، فإن من أقرّ بألف درهم وصدقه المقر له في النصف وكذبه في النصف يصح الإقرار فيما صدقه ، وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلا لكونه نفسيقا له ، وفسق الشاهد يمنع القبول ، بخلاف فسق المقر وقيد بقوله في بعض ما أقرّ به لأنه إذا كذبه في كل ما أقرّ به بطل الإقرار لأنه ردّ لإقراره ، وعلى هذا لو قال المقر له بلى قوله قتلناه صدقنا لم يكن له أن يقتل واحدا منهما

(باب في اعتبار حالة القتل)

قال (ومن رمى مسلما فارتد المرمى إليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند أبي حنيفة . وقالوا : لا شيء عليه) لأنه بالارتداد أسقط تقويم نفسه فيكون مبرئا للرأي عن موجهه كما إذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت . وله أن الضمان يجب بنفعه وهو الرمي إذ لا فعل منه بعد فتعتبر حالة الرمي والمرمى إليه فيها متقوم . وخذا تعتبر حالة الرمي في حق الخل حتى لا يخرم برودة الرأي بعد الرمي . وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد

(باب في اعتبار حالة القتل)

لما كانت الأحوال صفات لذويها ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به كذا في الشروح (قوله وقالوا : لا شيء عليه) لأنه بالارتداد أسقط تقويم نفسه فيكون مبرئا للرأي عن موجهه) قال في العناية : إلا أن أبا حنيفة رحمه الله يقول : إن قوبلما بالارتداد صار مبرئا عن ضمان الجناية غير صحيح . لأن في اعتقاد المرتد أن الردة لا تبطل التقويم فكيف يصير مبرئا عن ضمان الجناية . كذا في الجامع الصغير لقاضيخان وابن تاشي والمحبوبي انتهى . أقول : ضما أن يقولوا في الجواب عنه : إنا لا نريد

لأن معنى قوله صدقنا معنى قوله صادقت لكل واحد منهما ومعناه أنت قتلت وحدك وفي ذلك تكذيب الآخر في الجميع وهو تكذيب لهما .

(باب في اعتبار حالة القتل)

لما كانت الأحوال صفات لذويها ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به (ومن رمى مسلما فارتد المرمى إليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية لورثة المرتد عند أبي حنيفة . وقالوا : لا شيء عليه) لأنه بالارتداد أسقط تقويم نفسه وذلك إبراء للضامن) لأن من أخرج المتقوم عن التقويم سقط حقه كالمغضوب منه إذا أعتق المغضوب فإنه صار مبرئا للغاصب عن الضمان بإسقاط حقه وصار به مبرئا (كما إذا أبرأه) أي الرامي عن الجناية أو حقه (بعد الجرح) أي انعقاد سببه وهو الرامي قبل أن يصيبه السهم (ولأبي حنيفة أن الضمان يجب بنفعه وهو الرمي إذ لا فعل منه بعده) وما هو كذلك فالمعتبر فيه وقت الفعل كالغصب (فيعتبر حالة الرمي والمرمى إليه فيها متقوم) واستوضح اعتبار وقت الرمي بما إذا رمى صيدا ثم ارتد والعياذ بالله ثم أصاب فإن رده بعد الرمي لا تخرم لأن فعله ذكاة شرعا وقد تم . جبا للحل بشرطه وهو التسمية . وبما إذا كانت الجناية خطأ فكفر بعد الرمي قبل الإصابة فإنه صحيح . وهذه العبارة أنسب مما ناله المصنف حتى جاز بعد الجرح قبل الموت لإمكان اعتبار

(باب في اعتبار حالة القتل)

(قال المصنف : وقالوا : لا شيء عليه) أقول : قال الكاكي : وبه قالت الأئمة الثلاثة . لأن التلف حصل في محل لا عصمة له فيكون هدوا كما لو جرحه ثم ارتد ثم مات . وكما لو أبرأه بعد الجرح : أي عن الجناية أو حقه . وكما لو أبرأه عن حقه أو الجناية ثم أصابه السهم . وكما لو أعتق المالك العبد المنصوب يصير مبرئا للغاصب عن الضمان كذا ذكره في جامع صدر الإسلام انتهى . وفي شرح شاهان : وبخلاف ما إذا ارتد بعد الجرح ، لأن عدم وجوب الضمان باعتبار أن الارتداد قاطع للسرية كالعق لا باعتبار أنه صار مبرئا انتهى (قال المصنف : لأنه بالارتداد أسقط تقويم نفسه فيكون مبرئا) أقول : قال الإقناني : هذا لا يصح لأن عند أبي حنيفة : يعني عند المرتد أن الردة لا تبطل التقويم فكيف يكون مبرئا عن ضمان الجناية . كذا ذكره قاضيخان انتهى . وفيه بحث (قال المصنف : كما إذا أبرأه) أقول : أي بالارتداد . فإنه إذا ارتد بعد الجرح قبل الموت لا تجب الدية . ويجوز أن يكون المراد بالإبراء العفو . لكن الأول أنسب للمقام (قوله أو حقه بعد الجرح الخ) أقول : لا تمس الحاجة إلى إخراج الكلام عن ظاهره هنا . فإنه على ظاهره يصح أن يكون مقبلا عليه لصورة النزاع . بخلاف ما في دليل أبي حنيفة رحمه الله تعالى من قوله حتى جاز بعد الجرح قبل الموت كما لا يخفى (قوله أي انعقاد سببه وهو الرمي قبل أن يصيبه السهم)

الجرح قبل الموت . والفعل وإن كان عمدا فالقود سقط للشبهة ووجبت الدية (ولورى إليه وهو مرتد فأسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا ، وكذا إذا رمى حربيا فأسلم) لأن الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوّم الحبل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوماً بعد ذلك . قال (وإن رمى عبدا فأعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى) عند أبي حنيفة . وقال محمد : عليه فضل ما بين قيمته مرميا إلى غير مرمى ، وقول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة . له أن العتق قاطع للسراية ، وإذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جنابة يذوق بها قيمة المرمى

بالإبراء في قولنا إنه بالارتداد صار مبرئا حقيقة الإبراء ، بل نريد بذلك الإبراء الحكمي لأنه بارتداده لما أسقط تقوم نفسه شرعا أسقط حقه معنى ، لأن ما لا تقوم له لا ضمان له في الشرع فصار فعله في حكم الإبراء شرعا سواء طابق اعتقاده أو لم يطابق ، ولعل تفريع المصنف قوله فيكون مبرئا للرأي عن موجهه على قوله لأنه بالارتداد أسقط تقوم نفسه يرمى إلى ما ذكرناه (قوله وقول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة رحمه الله) قلت : لعل وجه عدول المصنف هاهنا عن التحرير المألوف حيث لم يقل فيما قبل عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما هو المعتاد في نظائره ، بل قال بعد بيان الخلاف بين أبي حنيفة ومحمد ، وقول أبي يوسف مع أبي حنيفة رحمه الله هو أن كون أبي يوسف مع أبي حنيفة في هذه المسئلة ليس مما اتفقت عليه الروايات ، لأن الفقيه أبا الليث ذكر قول أبي يوسف مع محمد في شرح الجامع الصغير في هذه المسئلة ، وذكر فخر الإسلام البزدوى في شرحه قوله مع أبي حنيفة كما بين في غاية البيان . فلو قال المصنف في أول المسئلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لفهم منه اتفاق الروايات عليه بناء

وقت الإصابة هناك . فإن قيل : إن كان ما ذكرتم صحيحا بجميع مقدماته والفعل عمد فالواجب انقصاص . أجاب بقوله (والفعل وإن كان عمدا فالقود يسقط بالشبهة) يعنى الشبهة الناشئة من اعتبار حالة الإصابة (ووجبت الدية) أى في ماله ، ولو كانت المسئلة بالعكس فلا شيء في قولهم جميعا (وكذا إذا رمى حربيا فأسلم) ثم وقع به السهم (لأن الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوّم الحبل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوماً بعد ذلك) ونوقض بما إذا رمى إلى صيد في الحل فدخل الحرم ثم أصابه السهم فأت وجب الجزاء على الرأي . وأجيب بأن جزاء صيد الحرم لا يختص بالفعل ولهذا يجب بدلالة الحرم وإشارته وهذا لا يكون أقل من ذلك . (وإن رمى عبدا فأعتقه مولاه ثم وقع به السهم فعليه قيمته للمولى عند أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف . وقال محمد : عليه فضل ما بين قيمته مرميا إلى غير مرمى) حتى لو كانت قيمته قبل الرمي ألف درهم وبعده ثمانمائة درهم لزمه مائتا درهم ، لأن العتق قاطع للسراية لاشتباه من له الحق ، لأن المستحق حال ابتداء الجنابة المولى وحال الإصابة العبد لحريته ، فصار العتق بمنزلة البرء كما إذا قطع يد عبد أو جرحه ثم أعتقه المولى ثم سرى فإن العتق يقطع السراية حتى لا يجب بعد العتق شيء من الدية والقيمة وإنما يضمن النقصان . وإذا انقطعت السراية بقي مجرد الرمي وهى جنابة تنتقص بها قيمة المرمى إليه بالإضافة إلى ما قبل الرمي فيجب ذلك : أى فضل ما بين قيمته مرميا إلى غير مرمى . ولهما أنه يصير قاتلا إلى آخر ما في الكتاب وهو ظاهر على مذهب أبي حنيفة . وأبي يوسف يحتاج إلى الفرق بين هذه وبين ما إذا رمى مسلما فارتد والعياذ بالله قبل الإصابة حيث اعتبر هناك حالة الإصابة وهاهنا حالة الرمي ، وهو أن المرمى إليه خرج بالارتداد من أن يكون معصوما والضمان يعتمد العصمة فلا يجب

أقول : فيه شيء (قال المصنف : ولورى إليه وهو مرتد فأسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا) أقول : قال الكاكي في معراج الدراية : أى في قول أصحابنا . وقال الشافعي وأحمد : يجب عليه في المرتد والحربي إذا أصابهما الرمية بعد إسلامهما الدية ، لأن الاعتبار بحالة الإصابة ، إذ الرمي سبب والإصابة جنابة ، والاعتبار بحالة الجنابة ، كما لو حفر يثر الحربي فوقه فيها بعد إسلامه . وقلنا : إن الرمي لم ينعقد موجبا للضمان ، لأن المرمى غير متقوم وإن أصابه متقوماً بعده ، وإن أصحابنا اعتبروا حالة الرمي كما في هذه المسئلة ، وكذا مسئلة الرجم على ما سيجي ، وكذا في مسئلة الذئب ثم تجسس ، وكذا في مسئلة الحرم ، إلا أنهم يقولون في مسئلة رمى مسلما فارتد أنه بالارتداد يصير مبرئا للرأي عن الضمان ولهذا قالوا : يصير بالارتداد مبرئا ، والإبراء إنما يصح بعد انعقاد السبب ، وأبو حنيفة رحمه الله يقول : بالارتداد لا يصير مبرئا .

إليه بالإضافة إلى ما قبل الرمي فيجب ذلك . ولهما أنه يصير قاتلاً من وقت الرمي لأن فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته ، بخلاف القطع والجرح لأنه إلتلاف بعض المحل . وأنه يوجب الضمان للمولى ، وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية . أما الرمي قبل الإصابة ليس بإلتلاف شيء منه لأنه لا أثر له في المحل . وإنما قلت الرغبات فيه فلا يجب به ضمان فلا تتخالف النهاية والبداية فتجب قيمته للمولى .

على ما هو المألوف في نظائره فغير الأسلوب إشارة إلى أن فيه اختلاف الرواية وأن المختار عنده كون قوله مع أبي حنيفة (قوله ولهما أنه يصير قاتلاً من وقت الرمي لأن فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته) قال الشراح : مرأى أبو حنيفة في هذه المسئلة على أصله ، وأبو يوسف فرق بين هذه وبين ما تقدم . ووجه الفرق أن المرمى إليه خرج بالارتداد من أن يكون معصوماً فصار مبرأ عن الجنابة ، إذ الضمان يعتمد العصمة والردة تنافيها . وأما الإعتاق فإنه لا ينافي العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى انتهى . أقول : في وجه الفرق نظر ، لأن الإعتاق وإن لم ينافي العصمة إلا أنه ينافي كون المحل مالا متقوماً فينبغي أن يصير المولى أيضاً مبرأ عن ضمان قيمة العبد المرمى إليه بإعتاقه إياه قبل الإصابت ، لأن ضمان القيمة إنما يتصور فيها هو مال متقوم ، ولما أخرجه المولى بالإعتاق من أن يكون مالا متقوماً فقد أسقط حقه في قيمته ، ألا يرى أن المغضوب منه إذا أعتق العبد المغضوب صار مبرئاً للغاصب عن الضمان بإسقاط حقه بالإجماع كما صرحوا به فلم لم يكن الأمر كذلك فيما نحن فيه ؟ ثم إن صاحب العناية بعد أن ذكر الفرق المزبور من قبل أبي يوسف قال : ومن هنا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمي إلا في صورة الارتداد انتهى . أقول : ليس هذا بسديد . لأنه مع كونه ظاهر الفساد إذ لو لم يعتبر أبو يوسف وقت الرمي في صورة الارتداد لما صح منه القول بأنه صار بالارتداد مبرأ عن الضمان ، فإن الإبراء إنما يصح بعد انعقاد السبب بخلاف لما صرح به كبار المشايخ في شروح الجامع الصغير كما ذكر في النهاية ومعراج الدراية ، فإنه قال في النهاية : وهما يقولان بقول أبي حنيفة في أن المعتبر حالة الرمي ولهذا وافقه في هذه المسائل : يعنى المسائل الآتية في الكتاب ونظائرها ، إلا أن المرمى إليه في مسئلتنا لما ارتدت صار مبرئاً لارمى عن الدية بإخراجه نفسه من أن يكون معصوماً وفعله معتبر في إسقاط حقه ، كما إذا أبرأ المغضوب منه الغاصب بإعتاق المغضوب على ما ذكرنا . إلا أن أبا حنيفة يقول : إن قولهما إنه بالارتداد صار مبرأ عن ضمان الجنابة غير صحيح ، لأن في اعتقاد المرتد أن الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرأ عن ضمان الجنابة . كذا في الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاشي والمحبوبى انتهى . وقال في معراج الدراية : وأصحابنا اعتبروا حالة الرمي كما في هذه المسئلة ، وكذا مسئلة الرجم على ما يجيىء ، وكذا في مسئلة الرمي ثم تمجس ، وكذا في مسئلة المحرم على ما سيجيىء ، إلا أنهم يقولون في مسئلة إن رمى مسلماً فارتدت أنه بالارتداد يصير مبرئاً لارمى عن الضمان ، ولهذا قال : يصير بالارتداد مبرأ ، والإبراء إنما يصح بعد انعقاد السبب ، وأبو حنيفة يقول بالارتداد لا يصير مبرأ ، لأن في اعتقاد المرتد أن الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرأ عن الضمان ، كذا في جامع قاضيخان والتمرتاشي والمحبوبى انتهى (قوله أما الرمي قبل الإصابة ليس بإلتلاف شيء لأنه لا أثر له في المحل) أقول : لمتوهم أن يتوهم أن هذا الكلام

الضمان بالمنافى . وأما الإعتاق فإنه لا ينافي العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى . ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمي إلا في صورة الارتداد (وقوله بخلاف القطع والجرح) جواب عما ذكرنا لمحمد من صورة الجرح والقطع استشهاداً على قطع السراية ؛ وتحقيقه أن العتق فيها يوجب قطع السراية لاختلاف نهاية الجنابة وبدايتها ، فإن ذلك بمنزلة تبدل المحل ولا نسلم تحققه في المتنازع فيه ، لأن الرمي قبل الإصابة ليس بإلتلاف شيء منه لعدم أثر منه في المحل ، وإنما تقل به الرغبات فلم يخالف الانتهاء

لأن عنده الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئاً عن الضمان ، كذا في جامع قاضيخان والتمرتاشي والمحبوبى ، إلى هنا كلام العلامة الكاكي ، إلا أن قول المصنف فيعتبر حالة الرمي ينبو عن ذلك بعض نبوة (قوله ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمي إلا في صورة الارتداد) أقول : المعتبر فيها أيضاً عنده وقت الرمي فيها ، لكنه يقول : صار بالارتداد مبرأ عن الضمان ولو لم يكن المعتبر وقت الرمي فيها لم يصح قوله صار مبرأ ، فإن الإبراء بعد تحقق السبب وانعقاده .

وزفر وإن كان يخالفنا في وجوب القيمة نظرا إلى حالة الإصابة فالحجة عليه ما حققناه . قال (ومن قضى عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع أحد الشهود ثم وقع به الحجر فلا شيء على الرامي) لأن المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها (وإذا رمى المحجوس صيدا ثم أسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل . وإن رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله أكل) لأن المعتبر حال الرمي في حق الحل والحرمة إذ الرمي هو الذكاة فتعتبر الأهلية وانسلاها عنده . (ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقع الرمية بالصيد فعليه الجزاء . وإن رمى حلال صيدا ثم أحرم فلا شيء عليه) لأن الضمان إنما يجب بالتعدى وهو رميه في حالة الإحرام ، وفي الأول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افرقا .

(كتاب الديات)

قال (وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل) وقد بيناه في أول الجنايات .

ينافي ما قاله في صدر دليلهما من أنه يصير قاتلا من وقت الرمي . فإن القتل لا يتصور بدون إتلاف شيء من المقتول . والجواب أن معنى ما قاله في صدر دليلهما هو أنه يصير بمنزلة القاتل من وقت الرمي من جهة استناد الحكم إلى وقت الرمي عند الاتصال بالحل ، وقد أشار إليه صاحب الغاية بقوله هنا : وإنما انقلب الرمي علة للإتلاف عند الاتصال بالحل بطريق استناد الحكم إلى وقت الرمي فكأنه وجد من ذلك الوقت انتهى

(كتاب الديات)

قال الشراح : ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر المناسبة ، لما أن الدية إحدى موجبي الجناية في الآدمي المشروعين صيانة ، لكن القصاص أشد صيانة فقدم انتهى . أقول : يرد على ظاهر هذا الوجه أنه إنما يقتضى أن يذكر الديات في كتاب الجنايات كالقصاص بأن يوضع لكل واحد منهما باب مستقل من كتاب الجنايات لكون كل منهما موجب الجنايات ، لا أن يجعل الديات كتابا على حدة كما هو الواقع في الكتاب : والجواب أن مقصودهم هنا بيان وجه مناسبة ذكر الديات بعد ذكر الجنايات ، وهذا

الابتداء ، فتجب قيمته للمولى . وزفر وإن كان يخالفنا في وجوب القيمة يعنى ويقول بالدية نظرا إلى حالة الإصابة فالحجة عليه ما حققناه ، والباقي ظاهر الخ ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(كتاب الديات)

ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر المناسبة لما أن الدية إحدى موجبي الجناية المشروعين للصيانة ، لكن القصاص أشد صيانة فقدم : ومحاسنها محاسن القصاص : والدية مصدر من ودى القاتل ا قتول إذا أعطى وليه المال الذى هو بدل النفس كالعدة من وعد . قال (وفي شبه العمد دية مغلظة) شبه العمد قد تقدم معنا . وحكمه الدية المغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل ،

(كتاب الديات)

قال الزيلعي : الدية هي اسم للمال الذى هو بدل النفس ، ومصدر يقال ودى القاتل المقتول دية : إذا أعطى وليه ذلك ، سمي ذلك المال بالدية تسمية للمفعول بالمصدر انتهى . والأول أن يقال : الدية هي المال الواجب بالجناية في نفس أو طرف (قوله لما أن الدية إحدى موجبي الجناية المشروعين للصيانة) أقول : فإن قيل : إذا كانت الدية إحدى موجبيها ينبى أن تذكر في كتابها في باب مستقل ولا تجعل

قال (وكفارته عتق رقبة مؤمنة) لقوله تعالى - فتحرير رقبة مؤمنة - الآية (فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين) بهذا النص (ولا يجزئ فيه الإطعام) لأنه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف ،

المقصود يحصل بما ذكره قطعا . وأما جعل الديات كتابا على حدة دون باب من أبواب الجنایات فله وجه آخر لم يذكره أصالة ، وهو أنه لما كثرت مسائل الديات ومباحثها استحقت أن يجعل كتابا على حدة ككتاب الطهارات بالنسبة إلى سائر شروط الصلاة وكتاب الصرف بالنسبة إلى سائر أنواع البيع . ثم اعلم أن ما وقع في الكتاب وضع القدورى في مختصره : وأما الشيخ أبو الحسن الكرخي فقدم في مختصره كتاب الديات على كتاب الجنایات : والشيخ أبو جعفر الطحاوى قدم القصاص على الديات : ولكن جعلهما في كتاب واحد وترجم الكتاب بكتاب القصاص والديات ، والإمام محمد رحمه الله ذكر أحكام الجنایات في كتاب الديات ولم يسم كتاب الجنایات أصلا ، لأن عامة أحكام الجنایات هي الديات ، فإن القصاص لا يجب إلا بالعمد المحض والدية تجب في شبه العمد ، وفي الخطأ وفي شبه الخطأ ، وفي القتل بسبب : وفي العمد أيضا إذا تمكن فيه الشبهة فرجع جانب الدية في نسبة الكتاب إليها . ثم إن الدية مصدر ودی القاتل المقتول إذا أعطى وليه المال الذى هو بدل النفس . ثم قيل لذلك المال الدية تسمية بالمصدر ، كذا ذكر في المغرب وعامة الشروح . قال في القاموس : الدية بالكسر : حق القتل جمعها ديات . وقال في الصحاح : ودیت القتل أدبه دية : إذا أعطيت دية . وقال في الكافي : الدية المال الذى هو بدل النفس ، والأرش اسم للواجب على مادون النفس انتهى . أقول : الظاهر من هذه المذكورات كلها أن تكون الدية مختصة بما هو بدل النفس ، وينافيه ماسيجىء في الفصل الآتى من أن في المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الحية الدية وفي شعر الرأس الدية وفي الحاجين الدية وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الذكر الدية وفي الرجلين الدية إلى غير ذلك من المسائل التي أطلقت الدية فيها على ما هو بدل ما دون النفس ، وكذا ما ورد في الحديث وهو ما روى سعيد بن المسيب رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « في النفس الدية ، وفي اللسان الدية ، وفي المارن الدية » وهكذا هو في الكتاب الذى كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر بن الخطاب رضى الله عنه كما سيأتى . فالأظهر في تفسير الدية ما ذكره صاحب الغاية آخرها ، فإنه بعد أن ذكر مثل ما ذكر في المغرب وعامة الشروح قال : والدية اسم لضمان يجب بمقابلة الآدمي أو طرف منه ، سمي بها لأنها تودى عادة ، لأنه قلما يجرى فيه العفو لعظم حرمة الآدمي انتهى (قوله وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى - فتحرير رقبة مؤمنة - الآية فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى - فتحرير رقبة مؤمنة - إلى قوله - فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين - الآية ، وهو نص في كونها بالتحرير أو الصوم فقط فلا يجزئ فيه الإطعام لأنه لم يرد به نص ، والمقادير تعرف بالتوقيف انتهى . أقول : أحل الشارح المذكور بحق المقام في تحريره هذا . أما أولا فلائنه خص بالذكر في بيان كفارة شبه العمد عتق رقبة مؤمنة ، وجعل قوله تعالى - فتحرير رقبة مؤمنة - إلى قوله - فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين - دليلا عليه ، فقد قصر في البيان حيث لم يذكر كون كفارته شهرين متتابعين إذا لم يجد رقبة مؤمنة ، ولم يصب في سوق الدليل حيث جعل الدليل على كون كفارته عتق رقبة مؤمنة مجموع قوله تعالى - فتحرير رقبة مؤمنة - إلى قوله - فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين - مع أن الدليل عليه قوله تعالى - فتحرير رقبة مؤمنة - وحده ، وإنما قوله تعالى - فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين - دليل على القسم الآخر من كفارته الذى لم يذكره في المدعى ، بخلاف تحزير المصنف فإنه بين كل واحد من قسمي كفارته على ترتيبهما حيث قال : وكفارته عتق رقبة مؤمنة ، ثم قال : فإن لم يجد فصيام شهرين

وقد بيناه في أول الجنایات (وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى - فتحرير رقبة مؤمنة) إلى قوله تعالى - فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين - الآية ، وهو نص في كونها بالتحرير أو الصوم فقط (فلا يجزئ فيه الإطعام لأنه لم يرد به نص . والمقادير تعرف بالتوقيف)

كتابا على حدة . قلنا : نعم ، إلا أنه نظر إلى عموم مباحثها وعموم موارد وكثرة الاختلافات فيها ، ولهذا عتق محمد كتاب الجنایات بكتاب الديات ، وذكر أحكام الجنایات فيها من القصاص وغيره .

ولأنه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء ، أو لكونه كل المذكور على ما عرف (ويجزئه رضيع أحد أبويه مسلم) لأنه مسلم به والظاهر بسلامة أطرافه (ولا يجزئ ما في البطن) لأنه لا تعرف حياته ولا سلامته . قال (وهو الكفارة في الخطأ) لما تلونا (وديته عند أبي حنيفة وأبي يوسف مائة من الإبل أرباعاً : خمس وعشرون بنت مخاض ، وخمس وعشرون بنت لبون ، وخمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة) وقال محمد والشافعي أثلاثاً : ثلاثون جذعة وثلاثون حقة ، وأربعون ثنية ، كلها خلفات في بطونها أولادها ،

متتابعين . واستدل على كل واحد منهما بدليل مستقل حيث قال في تعليل الأول لقوله تعالى - فتحرير رقبة مؤمنة - ولم يذكر آخر الآية . وقال في تعليل الثاني بهذا النص : أي بآخر هذا النص وهو قوله تعالى - فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين - . وأما ثانياً فلأنه قال : وهو نص في كونها بالتحرير أو الصوم فقط ، وفرع عليه قوله فلا يجزئ فيه الإطعام : فإن كان مدار قيد فقط في قوله وهو نص في كونها بالتحرير أو الصوم فقط وكذا مدار التفريع في قوله فلا يجزئ فيه الإطعام ، على أن تخصيص التحرير . والصوم بالذكر في الآية يدل على نفي ما عداهما كان ذلك قولاً بمفهوم المخالفة ، وهو ليس بحجة عندنا ، وإن كان مدارهما على ما ذكره المصنف فيما بعد من الاستدلال بالآية المذكورة على عدم إجزاء الإطعام بوجهين آخرين ، وهما قوله ولأنه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء ، وقوله أو لكونه كل المذكور على ما عرف كان قوله لأنه لم يرد به نص الخ بعد تفريع عدم إجزاء الإطعام على ما قبله كلاماً مختلاً ، إذ يكون المفرع عليه إذ ذاك دليلاً على المفرع فيصير قوله فلا يجزئ فيه الإطعام من قبيل تفريع المدعى على الدليل فلا جرم يصير قوله لأنه لم يرد به نص الخ دليلاً آخر على ذلك المدعى فيجب فيه زيادة أو العطف بأن يقال ولأنه لم يرد به نص الخ كما لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام ، بخلاف تحرير المصنف فإنه جعل قوله ولا يجزئ فيه الإطعام كلاماً مبتدأ مطلوباً بالبيان على الاستقلال . واستدل عليه بوجه ثلاثة كما ترى فلا غبار في أسلوب تحريره أصلاً (قوله ولأنه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء) قال الشراح : يعني أن الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء ، إذ لو لم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم أنه هو الجزاء أو بقي منه شيء ومثله نحل انتهى . أقول : يشكل هذا بالحرمان من الميراث فإنه جزء القتل أيضاً في العمد وشبهه والخطأ وشبهه كما مر في أول كتاب الجنائيات مع أنه ليس بداخل في الواقع بعد فاء الجزاء في الآية المذكورة فليتأمل (قوله أو لكونه كل المذكور على ما عرف) يعني لو كان الغير مراداً لذكره لأنه موضع

وقوله (ولأنه جعل المذكور كل الواجب) استدلال من الآية بوجهين آخرين : أحدهما بالنظر إلى الفاء ، وذلك لأن الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء ، إذ لو لم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم أنه هو الجزاء أو بقي منه شيء ومثله نحل ، ألا ترى أنه لو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق وفي نيته أن يقول وعبدى حرّ ولكنه لم يقل لا يكون الجزاء إلا المذكور لئلا يختل الفهم والآخر بالنظر إلى المذكور : يعني لو كان الغير مراداً لذكره لأنه موضع الحاجة إلى البيان ، والسكوت في موضع الحاجة إلى البيان (على ما عرف) يعني في أصول الفقه (ويجزئه رضيع أحد أبويه مسلم) لأن شرط هذا الإعتاق الإسلام وسلامة الأطراف ، والأول يحصل بإسلام أحد الأبوين والثاني بالظهور ، إذ الظاهر بسلامة أطرافه ، ولا يجزئه ما في البطن لأنه لم تعرف حياته ولا سلامته . قال (وهو الكفارة في الخطأ لما تلونا) يعني قوله تعالى - ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة (وديته) أي دية شبه العمد (عند أبي حنيفة وأبي يوسف مائة من الإبل أرباعاً : خمس وعشرون بنت مخاض ، وخمس وعشرون بنت لبون ، وخمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة) ولم يذكر في بعض نسخ الهداية قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وهو مخالف لرواية عامة الكتب (وقال محمد والشافعي : ثلاثون جذعة ، وثلاثون حقة ، وأربعون ثنية كلها خلفات في بطونها أولادها)

(قال المصنف : وديته عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) أقول : قال الكاكي : الاختصار على قول أبي حنيفة مخالف لعامة روايات الكتب من المبسوط والجوامع والأسرار والإيضاح ، فإن المذكور فيها عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وكتب في بعض النسخ عند أبي حنيفة وأبي يوسف

لقواه عليه الصلاة والسلام « ألا إن قتيلا خطيئ العمد قتيلا السوط والعصا : وفيه مائة من الإبل أربعون منها في بطونها أولادها » وعن عمر رضى الله عنه : ثلاثون حقة وثلاثون جذعة ، ولأن دية شبه العمد أغلظ وذلك فيما قلنا . ولهما قوله عليه الصلاة والسلام « في نفس المؤمن مائة من الإبل » وما روياه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم في صفة التغليظ ، وابن مسعود رضى الله عنه قال بالتغليظ أرباعا كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به . قال (ولا يثبت التغليظ إلا في الإبل خاصة) لأن التوقيف فيه . فإن قضى بالدية في غير الإبل

الحاجة إلى البيان : وحيث لم يذكر دل أنه غير مراد لأن السكوت عن البيان في موضع الحاجة إلى البيان بيان كما عرف في أصول الفقه . كذا في الشروح كلها . قال صاحب الكفاية بعد ذلك : لا يقال : إن السكوت لا يدل على أن المذكور كل الواجب لقول النبي عليه الصلاة والسلام « ألا إن قتيلا خطيئ العمد قتيلا السوط والعصا . وفيه مائة من الإبل » ولم يذكر فيه الكفارة . ومع ذلك قلتم بوجوب الكفارة . لأنا نقول : ثمة وجد بيان بنص آخر : أو نقول : لا نسلم ، فإنه قال الجرجاني : وجدت رواية عن أصحابنا أن الكفارة لا تجب في شبه العمد انتهى . أقول : في كل من جوابيه نظر . أما في الأول فلأن التثبت بوجود نص آخر في مادة النقض وعدم وجوده فيما نحن فيه مصير إلى الاستدلال بالوجه الأول الذي ذكره المصنف بقوله لأنه لم يرد به نص فيلزم أن لا يكون هذا الوجه الذي هو مورد السؤال دليلا مستقلا ، بل يلزم أن يكون مستدركا . وأما في الثاني فلأن اللازم للموجب دفع النقض عما ذكر في الكتاب لأنه هو المورد للسؤال . ولا شك أن ما ذكر فيه مبنى على وجوب الكفارة في شبه العمد ، وأما رواية عدم وجوبها فيه فبمعزل عنه فلا وجه للمصير إليه هنا كما لا يخفى . ثم إن صاحب العناية قال في تفسير قول المصنف أو لكونه كل المذكور : أى لكون الصيام كل المذكور وتبعه العيني . أقول : ليس ذلك بسديد ، إذ لا يخفى أن كل المذكور في حق كفارة القتل في كتاب الله تعالى إنما هو تحرير رقبة ، وائمة وصيام شهرين متتابعين لا الصيام وحده . وأما إطلاق الكل على الصيام لكونه الجزء الأخير الذي يتم به الكل فأمر قبيح لا يناسب شرح الكتاب . فالخفى في التفسير أن يقال : أى ولكون ما ذكرنا من التحرير والصيام كل المذكور (قوله ولا يثبت التغليظ إلا في الإبل خاصة : لأن التوقيف فيه ، فإن قضى بالدية من غير الإبل

والخلفاء جمع خلفه : وهى الحوامل من النوق ، فقواه في بطونها أولادها صفة كاشفة ، والضمير في كلها للثنية ، واستدلال بقوله صلى الله عليه وسلم « ألا إن قتيلا خطيئ العمد قتيلا السوط والعصا ، وفيه مائة من الإبل أربعون منها في بطونها أولادها » (ولأن دية شبه العمد أغلظ) يعنى من دية الخطيئ المحض . فإن الإبل فيه تجب أخماسا (وذلك) أى كونه أغلظ (فيما قلنا) لأنا نقول أثلاثا وأنتم تقولون أرباعا (ولأبى حنيفة وأبى يوسف قوله صلى الله عليه وسلم « في نفس المؤمن مائة من الإبل ») ووجه الاستدلال به أن الثابت منه عليه الصلاة والسلام وليس فيه دلالة على صفة من التغليظ ولا بد منه بالإجماع ، وما روياه غير ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ . فإن عمر وزيدا وغيرهما قالوا مثل ما قالنا ، وقال على : تجب أثلاثا ثلاث وثلاثون حقة ، وثلاث وثلاثون جذعة ، وأربع وثلاثون خلفه . وقال ابن مسعود بمثل ما قلنا أرباعا ، والرأى لا مدخل له في التقادير فكان كالمرفوع ويصير معارضا لما روياه . وإذا تعارضا كان الأخذ بالمتيقن أولى . وقوله (ولا يثبت التغليظ إلا في الإبل خاصة) يعنى لا يزداد في الدراهم والدنانير على عشرة الألف درهم أو ألف دينار . وقال سفيان الثوري والحسن بن صالح : تغلظ في النوعين الآخرين : أى الدراهم والدنانير بأن ينظر إلى قيمة أسنان الإبل في دية الخطيئ وإلى قيمة أسنان الإبل في شبه العمد ، فما زاد على أسنان دية الخطيئ يزداد على عشرة آلاف درهم إن كان الرجل من أهل الورك ، ويزاد على ألف دينار إن كان من أهل الذهب . لأن التغليظ في شبه العمد شرع في الإبل بزيادة جنابة وجدت منه ولم توجد في الخطيئ وهذا المعنى موجود في الحجرين فيجب التغليظ فيهما . ولنا ما ذكره في الكتاب أن التغليظ في الإبل ثبت توقيفا فلا يثبت في غيره

موافقا لعامة الروايات انتهى . يشهد لها قوله ولهما حين شرع في تقرير دليلهما (قوله وذلك : أى كونه أغلظ فيما قلنا ، لأنا نقول أثلاثا وأنتم تقولون أرباعا) أقول : يعنى الأول أكمل في اللفظة .

لم تتغلظ لما قلنا . قال (وقتل الخطي تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل) لما بينا من قبل . قال (والدية في الخطي مائة من الإبل أخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة) وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه . وأخذنا نحن والشافعي به لروايته « أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتل خطأ أخماسا » على نحو ما قال . ولأن ما قلناه أخف فكان أليق بحالة الخطي لأن الخطي معذور . غير أن عند الشافعي يقضى بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما رويناه .

لم تتغلظ لما قلنا) أقول : لقائل أن يقول : إذا لم يثبت التغليظ إلا في الإبل خاصة ينبغي أن لا يصح القضاء بالدية من غير الإبل أصلا في جنابة شبه العمد . إذ قد ذكر في أول هذا الكتاب ومرة أيضا في أوائل كتاب الجنائيات أن موجب شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل : فحيث لم يثبت التغليظ في غير الإبل لم يصلح غيرها أن يكون دية في شبه العمد لانتهاء ما هو المعتمد في دينه وهو التغليظ : فكيف يتم قول المصنف فإن قضى بالدية من غير الإبل لم تتغلظ : فإن الظاهر منه أن يصح القضاء بالدية من غير الإبل في شبه العمد : ولكن لا يثبت التغليظ في غير الإبل بأن يزداد في الدراهم على عشرة آلاف درهم وفي الدنانير على ألف دينار كما فصلوا في الشروح فليتأمل في التوجيه (قوله وهذا قول ابن مسعود وأخذنا نحن والشافعي به لروايته أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتل خطأ أخماسا على نحو ما قال) أقول : فيه شيء ، وهو أن ابن مسعود وإن روى قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم على نحو ما قاله إلا أن عليا رضي الله عنه كان يقول : الدية في الخطي مائة من الإبل أرباعا : خمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة ، وخمس وعشرون ابنة لبون ، وخمس وعشرون ابنة مخاض ، ذكره أبو يوسف رحمه الله في كتاب الخراج . وذكر في غاية البيان وغيرها من الشروح ، والمقادير لا تعرف إلا سماعا فكان كالرفوع ، فصار ما رواه ابن مسعود معارضا به فكيف يتم جعل المصنف مجرد رواية ابن مسعود رضي الله عنه دليلا على ما أخذنا نحن والشافعي به بدون بيان الرجحان فيما رواه ابن مسعود . نعم كون ما رواه أليق بحالة الخطي لكونه أخف يصلح أن يكون مرجحا لما رواه . وعن هذا قال تاج الشريعة بعد بيان اختلاف الصحابة في أسنان الإبل في دية الخطي : ونحن رجحنا رواية ابن مسعود لأنه أوفق لموضوع دية الخطي وهو التخفيف ، إلا أن قول المصنف ولأن ما قلناه أخف فكان أليق بحالة الخطي لأن الخطي معذور يشعر بأن هذا دليل مستقل وما قبله أيضا دليل مستقل ، وهذا يناقض الثاني إلى الأول ليحصل به الرجحان . وبالجملة في تحرير المصنف هنا نوع ركافة ، وكان صاحب العناية تنبه له حيث غير أسلوب تحرير المصنف في شرح هذا المقام فقال بعد بيان ما رواه ابن مسعود وما روى عن علي رضي الله عنه ، لكن ما قلناه أخف فكان أولى بحال الخطي لأن الخطي معذور انتهى تبصر (قوله غير أن عند الشافعي يقضى بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض) أقول : هنا كلام ، وهو أن قوله

قياسا لأنه يأتي التغليظ ، لأن عمد الإتلاف وخطأه في باب الغرم سواء ، ولا دلالة لثلا ييطل المقدار الثابت بصريح النص بالدلالة . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأن التوقيف فيه . وقوله (لما بينا من قبل) يعني في أول كتاب الجنائيات . قال (والدية في الخطي مائة من الإبل أخماسا) قيل منصوب بإضمار كان . ويجوز أن يكون حالا من الضمير الذي في قوله في الخطي ، وقد أجمعت الصحابة على المائة لكنهم اختلفوا في سنه ، فقال ابن مسعود : عشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون ابن مخاض ، وعشرون حقة وعشرون جذعة . وبه أخذنا نحن والشافعي ، لأن ابن مسعود روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قضى في قتل خطأ أخماسا على نحو ما قال به ابن مسعود . وعن علي أنه أوجب أرباعا : خمس وعشرون بنت مخاض ، وخمس وعشرون بنت لبون ، وخمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة ، والمقادير لا تعرف إلا سماعا لكن ما قلناه أخف وكان أولى بحال الخطي لأن الخطي معذور (قوله غير أن عند الشافعي) استثناء من قوله وبه أخذنا والشافعي : يعني أنه يقضى بعشرين

قال (ومن العين ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم) وقال الشافعي : من الورق اثنا عشر ألفا لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى بذلك . ولما ما روى عن عمر رضي الله عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى بالدية في قتل بعشرة آلاف درهم . وتأويل ما روى أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك . قال (ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة . وقالوا منها ومن البقر مائتا بقرة . ومن الغنم ألفا شاة . ومن الحلال مائتا حلة كل حلة ثوبان)

هذا استثناء من قوله وأخذنا نحن والشافعي به كما صرح به في العناية وغيرها . والمقصود به بيان الفرق بيننا وبين الشافعي بعد الاتفاق في المأخذ ، لكن فيه إشكال ، إذ الظاهر أن ضمير به في قوله وأخذنا نحن والشافعي به بعد قوله وهذا قول ابن مسعود راجع إلى قول ابن مسعود فيكون المأخذ المتفق عليه بيننا وبين الشافعي هو قول ابن مسعود : فبعد ذلك كيف يتم القول بأن عند الشافعي يقضى بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض . والقضاء بابن لبون مكان ابن مخاض يتناقض بقول ابن مسعود لأن ابن مخاض متعين في قوله وإنما الذي يصلح أن يكون مأخذاً للمذهب الشافعي وهو القضاء بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض ما روى مالك في الموطأ عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار أنه كان يقول : في دية الخطأ عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة كما ذكر في غاية البيان فليتأمل في التوجيه (قوله ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة . ومن الحلال مائتا حلة) قال جماعة من الشراح : فائدة هذا الاختلاف إنما تظهر فيما إذا صالح القاتل مع ولي القتل على أكثر من مائتي بقرة أو غيرها

ابن لبون مكان ابن مخاض ، والحجة عليه ما ذكرنا أنه أليق بحال الخطأ (وقوله ومن العين) يعني الذهب (ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم) يعني وزن سبعة . وقال الشافعي : من الورق : أي الفضة اثنا عشر ألفا ، لما روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بذلك . ولما أن عمر رضي الله عنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم «أنه قضى بالدية في قتل بعشرة آلاف درهم» فتعارضوا فيحتاج إلى تأويل ، وذكر المصنف تأويل ما ذكره الشافعي أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة ، وقد كانت الدراهم كذلك إلى عهد عمر رضي الله عنه فأبطل عمر ذلك الوزن . وفيه بحث من وجهين : أحدهما أنه قال : روى عمر «أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بعشرة آلاف درهم» ثم قال : وقد كانت الدراهم كذلك : يعني إلى عهد عمر وذلك تناقض . والثاني أن وزن ستة يزيد عليه اثني عشر ألفا فلا يكون التأويل كذلك صحيحا . والجواب عن الأول أن المنقول كان في ابتداء عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزن الدراهم وزن ستة ثم صار وزن سبعة ، وعلى هذا يجوز أن يكون في آخر عهده صلى الله عليه وسلم يؤخذ من الدراهم وزن سبعة أيضا ولا تناقض حينئذ . وعن الثاني أن شيخ الإسلام قال في مبسوطه : يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة إلا شيئا ، إلا أنه أضيف الوزن إلى ستة تقريبا ، وقوله (ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة ، وقالوا : منها) أي من هذه الأنواع الثلاثة وهي الإبل والذهب والفضة (ومن البقر مائتا بقرة ، ومن الغنم ألفا شاة ، ومن الحلال مائتا حلة كل حلة ثوبان) وقيل في تفسير ذلك : قيمة كل بقرة خمسون درهما ، وقيمة كل شاة خمسة دراهم . وقيمة كل حلة خمسون درهما ، قال المصنف : كل حلة ثوبان ، قيل هما إزار ورداء هو المختار . قال في النهاية : وقيل في ديواننا

(قوله والحجة عليه ما ذكرنا أنه أليق بحال الخطأ) أنول : الأولى أن يجعل إشارة إلى قول ابن مسعود وإلى المعقول . قال الإتقاني : أي الحجية على الشافعي قول ابن مسعود وقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم . وفيه بحث (قوله وفيه بحث من وجهين ، إلى قوله : وعن الثاني أن شيخ الإسلام قال في مبسوطه : يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة إلا شيئا ، إلا أنه أضيف الوزن إلى ستة تقريبا) أقول : قال الزيلعي : وإذا حمل ما رواه الشافعي على وزن خمسة ، وما رويناه على وزن ستة استويا انتهى . ولعل هذا الحمل أوجه . وقال الزيلعي : كانت الدراهم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة ، الواحد منها وزن عشرة ، والثاني وزن ستة ، والثالث وزن خمسة انتهى . قوله وزن عشرة : أي العشرة منه وزن عشرة دنانير . وقوله وزن ستة : أي العشرة منه وزن ستة دنانير . وقوله وزن خمسة : أي العشرة منه وزن خمسة دنانير (قال المصنف : وقالوا : منها ومن البقر مائتا بقرة) أقول : قوله مائتا بقرة خبر مبتدأ محذوف :

لأن عمر رضى الله عنه هكذا جعل على أهل كل مال منها . وله أن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المسالية ، وهذه الأشياء مجهولة المسالية ولهذا لا يقدر بها ضمان ، والتقدير بالإبل عرف بالآثار المشهورة وعدمناها في غيرها . وذكر في المعامل أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز ، وهذا آية التقدير بذلك . ثم قيل : هو قول الكل فيرفع الخلاف ، وقيل هو قولهما .

على قول أبي حنيفة كما هو المذكور في كتاب الدييات يجوز كما لو صالح على أكثر من مائتي فرس ، وعلى قولهما لا يجوز كما لو صالح على أكثر من مائة من الإبل انتهى . أقول : ليت شعري ما بالهم صوروا ظهور فائدة هذا الاختلاف في هذا المضيق وحصرها فيه بكلمة إنما مع كون ظهور فائدته في غير هذه الصورة أظهر وأجلى : فإن للقاتل الخيار في أداء الدية من أى نوع شاء من أنواع الدية لامن غير أنواعها كما صرحوا به . فعلى قولهما يتمكن القاتل من أدائها من نوع البقر أو نوع الغنم أو نوع الحلل كما يتمكن من أدائها من الأنواع الثلاثة المتفق عليها وهى الإبل والعين والورق ، وعلى قوله في رواية كتاب الدييات لا يتمكن من أدائها إلا من هذه الأنواع الثلاثة (قوله وذكر في المعامل أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز ، وهذا آية التقدير بذلك ، ثم قيل هو قول الكل فيرفع الخلاف ، وقيل هو قولهما) قال جمهور الشراح : أورد قوله وذكر في المعامل : أى في معادل المبسوط شبهة على ما روى عن أبي حنيفة من أنه لا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة . ووجه ورودها أن محمدا ذكر في المعامل أنه لو صالح الولي من الدية على أكثر من ألفي شاة أو من مائتي بقرة أو من مائتي حلة لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه ، وذلك دليل على أن الأصناف الثلاثة أيضا من الأصول المقدرة في الدية عنده أيضا ، وذكر الجواب بوجهين : أحدهما يصحح الشبهة ويرفع الخلاف . وثانيهما يرفع الشبهة بحمل رواية المعامل على أنها قولهما ، ثم إن صاحب العناية رد الوجه الأول منهما حيث قال : ولا أرى صحته لأنه يناقض رواية كتاب الدييات كما مر آنفا انتهى . أقول :

قبيص وسراويل . قال : وفائدة هذا الاختلاف إنما تظهر فيما إذا صالح القاتل مع ولي القاتل على أكثر من مائتي بقرة أو غيرها على قول أبي حنيفة على ما هو المذكور في كتاب الدييات يجوز ، كما لو صالح على أكثر من مائتي فرس وعلى قولهما لا يجوز كما لو صالح على أكثر من مائة من الإبل . وقوله (لأن عمر هكذا جعل على أهل كل مال منها) قال أبو يوسف : حدثنا ابن أبي ليلى ، عن الشعبي عن عبيدة السلماني قال : وضع عمر بن الخطاب رضى الله عنه الدييات على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم ، وعلى أهل الإبل مائة من الإبل ، وعلى أهل البقر مائتي بقرة ، وعلى أهل الشياه ألفي شاة ، وعلى أهل الحلل مائتي حلة (ولأبي حنيفة أن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المسالية) وهذه الأشياء ليست كذلك ، ولهذا لا يقدر بها ضمان شيء مما وجب ضمانه بالإتلاف أو غيره . فإن قيل : فالإبل كذلك ، أجب بقوله (والتقدير بالإبل عرف بالآثار المشهورة) كما رويناها (وعدمناها في غيرها) فإن قيل : فليحلق بها دلالة . قلنا : حتى يثبت أنها في معناها من كل وجه (وقوله وذكر في المعامل) أى في معادل المبسوط : أورد هذا شبهة على ما روى عن أبي حنيفة من قوله ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة . ووجه ورودها أن محمدا ذكر في المعامل أنه لو صالح الولي من الدية على أكثر من ألفي شاة أو على أكثر من مائتي بقرة أو على أكثر من مائتي حلة لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه . وذلك يدل على أن الأصناف الثلاثة أيضا من الأصول المقدرة في الدية عنده أيضا . وذكر الجواب بوجهين : أحدهما يقرر الشبهة ويرفع الخلاف ، ولا أرى صحته لأنه يناقض رواية كتاب الدييات كما مر آنفا . والثاني يرفعها بحمل رواية المعامل على أنها قولهما ، وحمل بعض مشايخنا على أن في المسئلة عنه روايتين .

أى وهى مائتا بقرة ، وكذا في ألفا شاة ومائتا حلة (قوله إنما يظهر فيما إذا صالح القاتل الخ) أقول : في الحصر كلام ، فإن القاضي لا يحكم من غير الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، ولا يخير القاتل إلا فيها بخلاف مذهبهما (قوله أحدهما يقرر الشبهة ويرفع الخلاف) أقول : ضمير يقرر راجع إلى أحدهما (قوله لأنه يناقض رواية كتاب الدييات) أقول : يرتفع التناقض بالحمل على الرجوع

نقال (ودية المرأة على النصف من دية الرجل) وقد ورد هذا اللفظ موقوفاً على "رضى الله عنه ومرفوعاً إلى النبي" عليه الصلاة والسلام . وقال الشافعي : مادون الثلث لا يتنصف . وإمامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه ، والحجة عليه مارويناه بعمومه : ولأن حالها أنقص من حال الرجل ومنفعتا أقل ، وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذلك في أطرافها وأجزائها اعتباراً بها وبالثلث وما فوقه .

ليس هذا بشيء لأن مدار الوجه الأول على عدم قبول صحة رواية كتاب الديات وعدم تسليم ثبوت الاختلاف بينهم ، وكونه مناقضاً لرواية كتاب الديات إنما ينافي صحته لو تحققت صحة تلك الرواية وهي في حيز المنع عند قائل ذلك الوجه . يدل عليه قطعاً عبارة صاحب النهاية حيث قال فقال في جوابه بوجهين : أحدهما أنه صحح الشبهة فقال نعم تلك الرواية أعني رواية الخلاف غير صحيح ، بل الصحيح رواية كتاب المعامل . والخلاف بينهم غير ثابت . بل هذه الأنواع : أعني البقر والغنم والحلل في الدية من الأموال المقدرة انتهى . وتصحيح إحدى الروايتين ومنع الأخرى ليس بعزيز في كلمات الفقهاء وقد مر له نظائر كثيرة في الكتاب . وقال بعض الفضلاء لدفع رد صاحب العناية : الوجه الأول يرتفع التناقض بالحمل على الرجوع إلى قولهما انتهى . أقول : هذا لا يصلح لدفع رده الوجه المزبور . وإنما يصلح لأن يكون جواباً آخر عن أصل الشبهة لأن مآله إلى أن يكون في المسئلة عنه روايتان ويكون المروي في أحدهما قوله الأول وفي الأخرى قوله الآخر الذي رجع إليه . وقد ذكره أيضاً صاحب العناية بعد بيان ذينك الوجهين ورد أحدهما حيث قال : وحمل بعض مشايخنا على أن في المسئلة عنه روايتين انتهى . ومدار رده أحد ذينك الوجهين على أن يكون المراد به تقرير الشبهة ورفع الخلاف كما ذكره الشراح . وذلك لا يتصور إلا بأن ينحصر القول منه في هاتيك المسئلة فيما ذكر في المعامل . وإلا لا تتقرر الشبهة بل ترتفع بالحمل على القولين منه تفكر تفهم (قوله ولأن حالها أنقص من حال الرجل ومنفعتا أقل) وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذلك في أطرافها وأجزائها

قال (ودية المرأة على النصف من دية الرجل الخ) دية المرأة على النصف من دية الرجل ، وقد ورد هذا اللفظ موقوفاً على "رضى الله عنه ومرفوعاً إلى النبي" صلى الله عليه وسلم ، والموقوف في مثله كالمرفوع ، إذ لا مدخل للرأي فيه . وقال الشافعي : مادون الثلث لا يتنصف . قال في النهاية : الصواب أن يقال : وقال الشافعي : الثلث ومادونه لا يتنصف . وذكر في ديات المبسوط : وكان زيد بن ثابت يقول : إنها تعاقل الرجل إلى ثلث ديتها : يعني إذا كان الأرش بقدر ثلث الدية أو دون ذلك فالرجل والمرأة فيه سواء ، فإن زاد على الثلث فحينئذ حالها فيه على النصف من حال الرجل ، ولذلك قال بعد هذا في قول المصنف اعتباراً بها وبالثلث وما فوقه . والصواب أن يقال : اعتباراً بها وبما فوق الثلث ، وفيه نظر لأنه قال في شرح الكافي : قال محمد في الأصل : بلغنا عن علي أنه قال : دية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دون النفس . قال : وبذلك تأخذ ، ثم قال : وقال زيد بن ثابت : ثلث الدية وما فوقها يتنصف وما دونه لا يتنصف ، وبه أخذ الشافعي ، وهذا يصحح قول المصنف . واحتجوا في ذلك بأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « تعاقل المرأة الرجل إلى ثلث الدية » وبما حكى عن ربيعة قال : قلت لسعيد بن المسيب : ما تقول فيمن قطع أصبع امرأة قال : عليه عشر من الإبل ، قلت : فإن قطع أصبعين منها ؟ قال : عليه عشرون من الإبل ، قلت : فإن قطع ثلاث أصابع ؟ قال : عليه ثلاثون من الإبل ، قلت : فإن قطع أربع أصابع ؟ قال : عليه عشرون من الإبل . قلت : سبحان الله لما كثر ألمها واشتد مصابها قل أرشها ؟ قال : أعراق أنت ؟ قلت لا بل جاهل مسترشد أو عاقل مستثبت ، فقال : إنه السنة . وبه أخذ الشافعي وقال : السنة إذا أطلقت فالمراد بها سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والحجة عليه مارويناه بعمومه ، وأن حالها أنقص من حال الرجل ، قال الله تعالى - وللرجال عليهن درجة - ومنفعتا أقل لا تتمكن من التزوج بأكثر من زوج واحد ، وقد ظهر أثر النقصان في النفس فكذلك في أطرافها وأجزائها اعتباراً بالنفس وبالثلث

قال (ودية المسلم والذي سواء) وقال الشافعي : دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف درهم ، ودية المجوسى ثمانمائة درهم . وقال مالك : دية اليهودى والنصرانى ستة آلاف درهم لقوله عليه الصلاة والسلام « عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر ألفا . وللشافعي ما روى « أن النبي عليه الصلاة والسلام جعل دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف درهم ، ودية المجوسى ثمانمائة درهم » . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « دية كل ذى عهد فى عهده ألف دينار » وكذلك قضى أبو بكر وعمر رضى الله عنهما ، وما رواه الشافعي رحمه الله لم يعرف راويه ولم يذكر فى كتب الحديث ، وما رويناه أشهر مما رواه مالك فإنه ظهر به عمل الصحابة رضى الله عنهم .

اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه . أقول : لقاتل أن يقول : حاصل هذا التعليل القياس ، ولا مجال له فى هذا الباب لأن الدية من المقدرات الشرعية ، ولا يجرى القياس فى المقادير ما نصوا عليه . ثم إن صاحب العناية قال فى تعليل قوله فكذا فى أطرافها وأجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه لئلا يلزم مخالفة التبع للأصل ، وتبعه العيني . أقول : لما منع بطلان اللازم إذ لا محذور فى مخالفة التبع الذى هو الأطراف للأصل الذى هو النفس فى بعض الأحكام : ألا يرى أن القصاص يجرى بين الرجل والمرأة ولا يجرى بينهما فيما دون النفس عندنا كما مر فى كتاب الجنائيات فلم لا يجوز المخالفة بين النفس وما دونها فى حكم الدية أيضا .

وما فوقه لئلا يلزم مخالفة التبع للأصل ، والحديث المروى نادر . ومثل هذا الحكم الذى يحمله عقل كل عاقل لا يمكن إثباته بالشاذ النادر ، وقول سعيد إنه السنة يريد به سنة زيد ، فإن كبار الصحابة أفتوا بخلافه : ولو كانت سنة الرسول عليه الصلاة والسلام لما خالفوها . قال (ودية المسلم والذي سواء) دية الذى كدية المسلم رجالهم كرجالهم ونساؤهم كنسائهم فى النفس وما دونها ، وكلامه على الوجه الذى ذكره واضح . وقد استدلل الشافعي بقوله تعالى - لا يستوى أصحاب النار وأصحاب الجنة - وبقوله تعالى - أفمن كان مؤمنا كن كان فاسقا لا يستوون - ويقول صلى الله عليه وسلم « المسلمون تتكافأ دماؤهم » يدل على أن دماء غيرهم لا تتكافأ ، ولأن نقصان الكفر فوق نقصان الأنوثة ، وبالأنوثة تنقص الدية فبالكفر أولى ، وبأن الرق أثر من آثار الكفر وبه تنقص الدية فبالكفر الموجب له أولى . والجواب عن الآيتين أن المراد أحكام الآخرة على أنها لا يعارضان قوله تعالى - وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله - والمعهود من الدية الدية فى قتل المؤمن . وعن الحديث بأنه مفهوم مخالفة وهو ليس بحجة ، وعن المعقول بأن النقصان بالأنوثة والرق من حيث النقصان فى المالكية ، فإن المرأة تملك المال دون النكاح ، وكذلك الرق يوجب نقصان المالكية ، والذى يساوى المسلم فى المالكية فكذلك فى الدية ، ولا يرتاب أحد أن نفس كل شخص أعز مما فى يده من المال ، والذى يساوى المسلم فى ضمان ماله إذا أتلف فى النفس أولى ، وإن لم يكن لنا فى المسئلة إلا ما روى الزهرى أن دية الذى كانت مثل دية المسلم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف ، وما روى عن على رضى الله عنه لشهرته : إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدماؤنا وأموالهم كأموالنا ، وما روى عن ابن مسعود : دية الذى مثل دية المسلم ، وما روى عكرمة عن ابن عباس « أن النبي صلى الله عليه وسلم ودى ذميا قتل بمائة من الإبل » لكان لنا من الظهور فى المسئلة ما لا يخفى على أحد .

(قوله ومثل هذا الحكم يحمله عقل كل عاقل) أقول : وهو أن يقل الأرض إذا كان مصابها أكثر وألمها أشد على ما مر آنفا (قوله ولو كانت سنة رسول الله عليه الصلاة والسلام لما خالفوها) أقول : الموقوف فى مثله كالمرفوع على ما مر مرارا ، إذ لا مدخل للرأى فيه خصوصا فى مثل هذا الحكم الذى يحمله عقل كل عاقل ، ولو لم يكن سنقلا قاله زيد رضى الله عنه فالجواب الجواب (قوله والمعهود من الدية الدية فى قتل المؤمن) أقول : فيه أنه لادلالة على العهد ، ويجوز أن يكون الحديث نبيها للمراد (قوله فى النفس أولى) أقول : ولا ينتقض بالمرأة لثبوتها بالأثر .

(فصل فيما دون النفس)

قال (وفي النفس الدية) وقد ذكرناه . قال (وفي المارن الدية . وفي اللسان الدية : وفي الذكر الدية) والأصل فيه ما روى سعيد بن المسيب رضى الله عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام قال « في النفس الدية . وفي اللسان الدية . وفي المارن الدية » وهكذا هو في الكتاب الذى كتبه رسول الله عليه الصلاة والسلام لعمر بن حزم رضى الله عنه . والأصل في الأطراف أنه إذا فوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصودا في الآدمى على الكمال يجب كل الدية لإتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالإتلاف من كل وجه تعظيما للآدمى . أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والأنف ، وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة فنقول : في الأنف الدية لأنه أزال الجمال على الكمال وهو مقصود ، وكذا إذا قطع المارن أو الأرنبة لما ذكرنا ، ولو قطع المارن مع القصبه لايزاد على دية واحدة لأنه عضو واحد : وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو

(فصل الدية فيما دون النفس)

لما ذكر حكم الدية في النفس ذكر في هذا الفصل حكمها فيما دون النفس لأن الأطراف تابعة للنفس فأتبع ذكر حكمها أيضا تحقيقا للمناسبة (قوله أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والأنف) قال في الكافي وغاية البيان : فقسنا عليه غيره إذا كان في معناه انتهى . أقول : فيه نظر : لأن الدية من المقدرات الشرعية والقياس لايجرى فيها على ما عرف

(فصل فيما دون النفس)

لما فرغ من ذكر النفس ذكر ما هو تبع لها وهو ما دونها . قال (وفي النفس الدية وقد ذكرناه) وأعاد ذكر النفس في فصل ما دون النفس تمهيدا للذكر ما بعده . وقوله ذكرناه : يعنى في أوائل الجنايات ، ومعنى قوله في النفس الدية : يجب الدية بسبب إتلافها . كما يقال في النكاح حل . ومنه قوله عليه الصلاة والسلام « في خمس من الإبل السائمة شاة » . وقوله (وفي المارن الدية) يعنى فيما دون قصبه الأنف وهو مالان منه كل مالان في له في البدن عضوا كان أو معنى مقصودا تجب بإتلافه كمال الدية . ومن الأعضاء ما هو لإفراد كالأنف واللسان والذكر ، ومنها ما هو مزدوج كالعينين والأذنين والحاجبين والشفتين واليدين وثدي المرأة والأنثيين والرجلين ، ومنها ما هو أربع كأشفا العينين . ومنها ما هو أعشار كأصابع اليدين والرجلين ، ومنها ما زاد على ذلك كالأسنان (والأصل في الأطراف أنه إذا فوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصودا ، في الآدمى على الكمال يجب كل الدية) وقيد المنفعة والجمال بالكمال : لأن غير الكامل لايجب فيه كل الدية وإن كان فيه تفويت عضو مقصود ، كما إذا قطع لسان الأخرس أو آلة الخصى والعين واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين العوراء والسن السوداء لايجب القصاص في العمد ولا الدية في الخطأ ، لأنه لم يفوت جنس منفعة ولا فوت جمالا على الكمال . وإنما فيه حكومة عدل ، وأما إذا أتلف الكامل فيجب فيه كمال الدية (لإتلافه كل النفس من وجه . وهو ملحق بالإتلاف من كل وجه تعظيما للآدمى ، أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والأنف : وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة) فإن كان جنس المنفعة أو الكمال قائما بعضو واحد فعند إتلافه يجب كمال الدية . وإن كان قائما بعضوين ففي كل واحد منهما نصف الدية ،

(فصل فيما دون النفس)

(قال المصنف : وفي النفس الدية) أقول : أى تجب الدية بسبب إتلافها ، ففي السببية (قوله كما إذا قطع لسان الأخرس ، إل قوله : والعين العوراء والسن السوداء) أقول : من قبيل : * علفها تبتا وماء باردا * إذ الواقع في العين والسن القلع والكسر .

الناطق ، وكذا في قطع بعضه إذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وإن كانت الآلة قائمة . ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قبل تقسم على عدد الحروف ، وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان ؛ فبقدر مالا يقدر تجب ، وقيل إن قدر على أداء أكثرها تجب حكومة عدل لحصول الإفهام مع الاختلال . وإن عجز عن أداء الأكثر يجب كل الدية لأن الظاهر أنه لا تحصل منفعة الكلام ، وكذا الذكر لأنه يفوت به منفعة الوطاء والإيلاد واستمسالك البول والمرمى به ودفق الماء والإيلاج الذي هو طريق الإغلاق عادة ، وكذا في الحشفة الدية كاملة . لأن الحشفة أصل في منفعة الإيلاج والدفق والقصبة كالتابع له . قال (وفي العقل إذا ذهب بالضرب الدية) لفوات منفعة الإدراك إذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاذه (وكذا إذا ذهب سمعه أو بصره أو شمه أو ذوقه)

فالمصواب عندي هنا أن يقال : فألحقنا به غيره دلالة (قوله ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قبل تقسم على عدد الحروف ، وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر مالا يقدر تجب) قال جمهور الشراح : والحروف التي تتعلق باللسان هي الألف والتاء والثاء والجيم والدال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون انتهى . وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك عن النهاية : وفي كون الألف من ذلك نظر ، لأنه من أقصى الحلق على ما عرف انتهى . أقول : نظره ساقط إذ الظاهر أن مراد جمهور الشراح بالألف والتاء والثاء وغيرها مما ذكرها هو الألفاظ التي يتهجى بها لا الحروف المبسوطة التي يتركب منها الكلم ، والذي من أقصى الحلق إنما هو الحرف الذي يقع جزء الكلم كما في أول أخذ وأوسط سأل وآخر قرأ ؛ لا الحرف الذي يتهجى به وهو لفظ ألف إذ هو مركب من ثلاثة أجزاء متعلق باللسان بواسطة جزئه الأوسط الذي هو اللام ، فممنشأ نظر صاحب العناية عدم وقوفه على مرادهم : كيف ولو كان مرادهم ما توهمه لذكروا همزة بدل الألف كما لا يخفى . فإن قلت : الألفاظ التي يتهجى بها أسماء مسمياتها الحروف المبسوطة التي ركبت منها الكلم كما حققه صاحب الكشف في أول سورة البقرة ، وجمهور الشراح إنما عدوا الألف ونظائره من الحروف التي تتعلق باللسان فكيف يصح أن يكون مرادهم بذلك

وإن كان قائماً بأربعة أعضاء ففي كل واحد منها ربع الدية ، وإن كان قائماً بعشرة ففي كل واحد منها عشر الدية ، وإن كان قائماً بأكثر ففي كل واحد منها نصف عشر الدية ، وكلامه واضح . وقوله (قيل تقسم الدية على عدد الحروف) يعني على جملة الحروف مما تعلق باللسان وغيره ، وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان . قال في النهاية : هي الألف والتاء والثاء والجيم والدال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون ، وفي كون الألف من ذلك نظر لأنه من أقصى الحلق على ما عرف ، فالألف يمكنه إتيان حرف منها يلزمه ما يخصه من الدية . روى « أن رجلاً قطع ظرف لسان رجل في زمان على رضى الله عنه فأمره أن يقرأ أ ب ت ث ؛ فكلما قرأ حرفاً أسقط من الدية بقدر ذلك ، وما لم يقرأ أوجب من الدية بحسابه وهذا يدل على صحة القيل الأول ، وبه صححه شيخ الإسلام . وبأن إقامة بعض الحروف وهو ما لا يفتقر إلى اللسان إن تهيأت بدون اللسان ، لكن الإفهام الذي هو المقصود لا يتهيأ فيجب الامتحان بالجميع ، وكذا إذا ذهب سمعه أو بصره اختلف طرق التعبير عن معرفة ذهاب هذه الحواس : فقيل إذا صدقه الجاني أو استحلفه على البتات ونكل ثبت قوامها ، وقيل يعتبر فيه الدلائل الموصلة إلى ذلك . فإن لم يحصل العلم بذلك يعتبر فيه الدعوى والإنكار . فطريق معرفة السمع أن يتغافل وينادي ، فإن أجاب علم أنه يسمع . وحكى الناطق عن أبي خازم القاضي أن امرأة تطارشت في مجلس حكمه ، فاشتغل بالقضاء عن النظر إليها ثم قال لها فجأة : غطي عورتك ، فاضطربت وتسارعت إلى جمع ثيابها وظهر مكرها . وطريق معرفة ذهاب البصر أن يستقبل الشمس مفتوح العين ، فإن دمت عينه علم أن الضوء باق ؛ وإن لم تدمع علم أن الضوء ذاهب . وذكر الطحاوي أنه يلقي بين يديه حية ، فإن هرب من الحية علم أنه لم يذهب بصره . وطريق معرفة الشم بأن يوضع بين يديه ماله رائحة كريهة ، فإن تفرغ عنها علم أنه

لأن كل واحد منها منفعة مقصودة ، وقد روى : أن عمر رضى الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر . قال (وفي اللحية إذا حلفت فلم تنبت الدية) لأنه يفوت به منفعة الجمال . قال (وفي شعر الرأس الدية) لما قلنا . وقال مالك : وهو قول الشافعي تجب فيهما حكومة عدل ، لأن ذلك زيادة في الآدمي ، ولهذا يخلق شعر الرأس كله ، واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة . ولنا أن اللحية في وقتها جمال ، وفي حلقها تفويته على الكمال فتجب الدية كما في الأذنين الشاخصتين . وكذا شعر الرأس جمال ، ألا ترى أن من عدمه خلقة يتكلف في ستره ، بخلاف شعر الصدر والساق لأنه لا يتعلق به جمال . وأما لحية العبد فمن أبي حنيفة أنه يجب فيها كمال القيمة . والتخريج على " لماهر أن المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر . قال (وفي الشارب حكومة عدل هو الأصح) لأنه تابع للحية فصار كبعض أطرافها (ولحية الكوسج إن كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه) لأن وجوده يشينه ولا يزيينه (وإن كان أكثر من ذلك وكان على الخد والذقن جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل) لأن فيه بعض الجمال (وإن كان متصلا ففيه كمال الدية) لأنه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال ، وهذا كله إذا فسد المنبت ، فإن نبت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لأنه لم يبق أثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل . وإن نبت بيضاء فعن أبي حنيفة أنه لا يجب شيء في الحر لأنه يزيد جمالا ، وفي العبد تجب حكومة عدل لأنه ينقص قيمته ، وعندهما تجب حكومة عدل لأنه في غير أوانه يشينه ولا يزيينه .

ما يهجي به من الألفاظ ؟ قلت : قد وقع في عبارات المتقدمين إطلاق الحروف على تلك الألفاظ مسامحة استعمالا للحرف في معنى الكلمة كما نص عليه أيضا صاحب الكشف هناك وكلام هؤلاء الشراح هاهنا ، بل كلام المصنف أيضا جار على ذلك الاصطلاح الشائع فيما بين القوم ولهذا يقولون لما حروف التهجى . فإن قلت : لم لم يريدوا بالحروف هاهنا الحروف المبسوطة التي يتركب منها الكلام ولم يخرجوا الألف من عداد الحروف التي تتعلق باللسان ؟ قلت : لعل سر ذلك أن الفائت من الحروف إنما يعرف بالامتحان ، والامتحان إنما يكون في العادة بحروف التهجى كما وقع بها في قصة علي رضي الله عنه ، وهي ما روى أن رجلا قطع طرف لسان رجل في زمن علي رضي الله عنه فأمره أن يقرأ اب ت ث فكلما قرأ حرفا أسقط من الدية بقدر ذلك ، وما لم يقرأ أوجب من الدية بحسابه وهو الأصل في هذا الباب كما صرح به في الشروح وغيرها ، فخرجوا هاهنا في العبارة والإرادة على وفق ذلك تأمل تقف (قوله وإن كان متصلا ففيه كمال الدية لأنه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال) أقول : يرد على ظاهر هذا التعليل أنه ينافي سياق كلامه ، فإنه قسم لحية الكوسج على ثلاثة أقسام وجعل منها ما كان متصلا ، فقوله لأنه

لم يذهب شمه . وقواه (لأن كل واحد منها منفعة مقصودة) يعني ليس فيها استتباع كل واحد منها الآخر ، بخلاف قتل النفس حيث لا يجب لإدنية واحدة لأن الأطراف تتبع النفس ، أما الطرف فلا يتبع طرفا آخر وهذا يندفع ما قيل لو مات من الشجة لم تلزمه لإدنية واحدة بفوات هذه المنافع بدون الموت أولى ، فإن في الموت استتباعا دون عدمه ، وعلى ذلك ما روى عن عمر كما ذكر في الكتاب . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأنه يفوت به منفعة الجمال ، قالوا : لو حلق رأس إنسان أو لحيته لا يطالب بالدية حالة الحلق بل يؤجل سنة لتصوّر النبات ، فإن مات قبل مضي السنة ولم ينبت فلا شيء على الحلق ، وقالوا : فيه حكومة ، وشعر الرجل والمرأة والصغير والكبير في ذلك سواء . وقوله (كما في الأذنين الشاخصتين) أي المرتفعتين وصفهما لدفع إرادة السمع . وقوله (أنه يجب فيها كمال القيمة) هي رواية الحسن عن أبي حنيفة اعتبارا بالدية في الحر لفوات الجمال (والتخريج على الظاهر) وهو أنه يجب نقصان القيمة . وقوله (هو الأصح) احتراز عما قال بعض مشايخنا : يجب فيه كمال

(قوله يعني ليس فيها استتباع كل واحد منها الآخر بخلاف قتل النفس) أقول : الأول إسقاط لفظ كل .

ويستوى العمد والخطأ على هذا الجمهور (وفي الحاجبين الدية وفي إحداهما نصف الدية) وعند مالك والشافعي رخصهما الله تجب حكومة عدل . وقد مر الكلام فيه في اللحية . قال (وفي العينين الدية . وفي اليدين الدية : وفي الرجلين الدية . وفي الشفتين الدية . وفي الأذنين الدية . وفي الأنثيين الدية) كذا روى في حديث سعيد ابن المسيب رضى الله عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام . قال (وفي كل واحد من هذه الأشياء نصف الدية) وفيما كتبه النبي عليه الصلاة والسلام لعمر بن حزم « وفي العينين الدية . وفي إحداهما نصف الدية » ولأن في تفويت الاثنين من هذه الأشياء تفويت جنس المنفعة أو كمال الجمال فيجب كل الدية . وفي تفويت إحداهما تفويت النصف فيجب نصف الدية . قال (وفي ثدي المرأة الدية) لما فيه من تفويت جنس المنفعة (وفي إحداهما نصف دية المرأة) لما بينا : بخلاف ثدي الرجل حيث تجب حكومة عدل لأنه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال (وفي حلمتي المرأة الدية كاملة) لفوات جنس منفعة الإرضاع وإمساك اللبن (وفي إحداهما نصفها) لما بيناه . قال (وفي أشفار العينين الدية وفي إحداهما ربع الدية) قال رضى الله عنه : يحتمل أن مراده الأهداب مجازاً كما ذكره محمد في الأصل للمجاورة كالراوية للقربة وهي حقيقة في البعير ، وهذا لأنه يفوت الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع الأذى والقذى عن العين إذ هو يندفع بالهدب ، وإذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي أربعة كان في أحدها ربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة أرباعها ، ويحتمل أن يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا (ولو قطع الجفون بأهدابها ففيه دية واحدة) لأن الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة . قال (وفي كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر الدية) لقوله عليه الصلاة والسلام « في كل أصبع عشر من الإبل » ولأن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتقسم الدية عليها . قال (والأصابع كلها سواء) لإطلاق الحديث . ولأنها سواء في أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال . وكذا أصابع الرجلين لأنه يفوت بقطع كلها منفعة المشي فتعجب الدية كاملة ، ثم فيهما عشر أصابع فتقسم الدية عليها أعشاراً قال (وفي كل أصبع فيها ثلاثة مفصلات ، في أحدها

ليس بكوسج في تعليل قوله وإن كان متصلاً ففيه كمال الدية يتأني ذلك . والجواب أن مراده بقوله لأنه ليس بكوسج أنه ليس بكوسج حقيقة وإن كان في صورة الكوسج ، والذي قسم لحيته على ثلاثة أقسام في سياق كلامه أعم من الكوسج الحقيقي

الدية لأنه عضو على حدة ويفوت به الجمال . وقوله (ويستوى الخطأ والعمد) يعني كما تجب الدية في حلق الرأس واللحية خطأ فكذا إذا حلقهما عمداً . قيل وصورة حلقهما خطأ أن يظنه مباح الدم فحلق الولي لحيته ثم ظهر أنه غير مباح الدم قيل موجب القصاص موجود إذا كان عمداً فما المانع عنه مع الإمكان . وأجيب بأن القصاص عقوبة والعقوبة لا تثبت إلا بالنص أو دلالة . ولا نص في الشعور ، وليست في معنى المنصوص وهو الجروح لأنه لا يحتاج في تفويتها إلى الجراحة والضرب . ولا يتوهم فيها السراية كما تتوهم في الجراحات ، وليس فيه إهانة ذى الروح فلا يجوز إلحاقها بالمنصوص دلالة كما لا يجوز قياساً . قال (وفي العينين الدية) الأصل الذي ذكرناه في صدر الفصل يشمل هذه الفروع كلها . والأشعار جمع شعر بالضم . قال المصنف : يحتمل أن مراده الأهداب مجازاً ، ولعله قال ذلك دفعا من خطأ محمد في إطلاق الأشعار على الأهداب ، قالوا : الأشعار مناسات الشعر وهي جروف العينين وأطرافها ، والشعور التي عليها تسمى الهدب ، فقال المصنف : يحتمل أن مراده الأهداب فيكون مجازاً للمجاورة من ذكر المحل وإرادة الحال ، ويحتمل أن مراده الحقيقة ، فإن في تفويت كل واحد من المحل والحال

ثالث دية الأصبع وما فيها مفصلان ففي أحدهما نصف دية الأصبع (وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع . قال (وفي كل سن خمس من الإبل) لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه « وفي كل سن خمس من الإبل » والأسنان والأضراس كلها سواء لإطلاق ما روينا . ولما روى في بعض الروايات : والأسنان كلها سواء . ولأن كلها في أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالأيدي والأصابع . وهذا إذا كان خطأ . فإن كان عمدا ففيه القصاص وقد مر في الجنايات . قال (ومن ضرب عضوا فأذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد إذا شلت والعين إذا ذهب ضوءها) لأن المتعلق بتفويت جنس المنفعة لأفوات الصورة (ومن ضرب صلب غيره فأنقطع ماؤه تجب الدية) لتفويت جنس المنفعة (وكذا لو أحده) لأنه فُوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة (فلو زالت الجدوبة لأشياء غيره) انزالها لغيره .

والصوري فلا منافاة (قوله والأسنان والأضراس كلها سواء) قال في العناية : قالوا فيه نظر . والصواب أن يقال : والأسنان كلها سواء . أو يقال : والأنياب والأضراس كلها سواء . لأن السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون : أربع منها ثنانيا وهي الأسنان المتقدمة . اثنتان فوق واثنتان أسفل . ومثلها رباعيات وهي ما يلي الثنانيا . ومثلها أنياب تلي الرباعيات . ومثلها

تفويت جنس المنفعة والجمال على الكمال على ما ذكر في الكتاب . وقوله (وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع) يعني أن عشر الدية الواجب بإزاء كل أصبع إنما هو بمقابلة مفاصلها . فما فيه ثلاثة مفاصل كان لكل منها ثلثه ، وما فيه مفصلان كان لكل منهما نصفه . وقوله (والأسنان والأضراس كلها سواء) قالوا : فيه نظر . والصواب أن يقال : والأسنان كلها سواء . أو يقال : والأنياب والأضراس كلها سواء ، لأن السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون : أربع منها ثنانيا وهي الأسنان المتقدمة اثنتان فوق واثنتان أسفل . ومثلها رباعيات وهي ما يلي الثنانيا . ومثلها أنياب تلي الرباعيات . ومثلها ضواحك تلي الأنياب . واثنتا عشرة سنا تسمى بالطواحن من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل ، وبعدها سن وهي آخر الأسنان يسمى ضررس الحلم لأنه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل ، فلا يصح أن يقال الأسنان والأضراس سواء لعوده إلى معنى أن يقال الأسنان وبعضها سواء . فإذا ضرب رجل رجلا حتى سقطت أسنانه كلها كانت عليه دية وثلاثة أخماس الدية ، وهي من الدراهم ستة عشر ألف درهم . وليس في البدن جنس عضو يجب بتفويته أكثر من مقدار الدية سوى الأسنان ، ومن الناس من فضل الطواحن على الضواحك لما فيه من زيادة المنفعة وهو خلاف النص . وقوله (لأن المتعلق) يعني الذي يتعلق به وجوب كل الدية هو تفويت جنس المنفعة لأفوات الصورة . فإن قيل : لانسلم : أن فوات الصورة ليس متعلق وجوب الدية ، بل الجمال أيضا مقصود كما تقدم في حلق الحاجبين والحية ، وليس أحدهما أولى باستباحه الآخر فيكون الحصر في غير موقعه . أجب بأن الجمال مقصود في عضو لا يكون المقصود منه المنفعة ، وأما إذا كان فالجمال تابع : ألا ترى أنه إذا قطع اليد الشلاء تجب حكومة عدل لا الدية . لأن المقصود باليد لما كان المنفعة لم تتكامل الجناية من حيث تفويت الجمال ، فإذا اجتمعا جعل الجمال تابعا أيضا ، لأنه إذا كان تابعا عند الانفراد فلأن يكون تابعا عند الاجتماع لوجود المستتبع أولى . وقوله (لتفويت جنس المنفعة) يعني منفعة النسل . وقوله (لأنه فُوت جمالا على الكمال) هو استقامة القامة . قيل وفي تفسير قوله تعالى - لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم - أي منتصب القامة وهي تزول بالجدوبة .

(قوله كما تقدم في حلق الحاجبين) أقول : ولك ان تقول في إخراج منفعة ، فإنه يرد العرق عن العين ويفرقه ، ذكره الكاكي لكنه كلام على السند (قوله ألا يرى أنه إذا قطع اليد الشلاء تجب حكومة عدل لا الدية) أقول : ولك أن تقول : إنما لتجب الدية في اليد الشلاء لأن الزينة فيها ليست بكاملة ؛ ألا يرى أن الإنسان يتجمل بها عند من لا يعرف حالها ، وأما عند من يعرف حالها فلا جمال فيها ، وإذا لم تكن الزينة لم يكلل الأرض بل وجب الحكومة (قوله فإذا اجتمعا جعل الجمال تابعا أيضا) أقول : لو كان تابعا لم يجب شيء بتفويته ، والله تعالى أعلم .

فصل في الشجاج

قال (الشجاج عشرة : الحارصة) وهي التي تحرص الجلد : أي تخدشه ولا تخرج الدم (والدامعة) وهي التي تظهر الدم

ضواحك تلى الأنياب . واثننا عشرة منا تسمى بالطواحن من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل : وبعدها سن وهي آخر الأسنان تسمى ضرس الحلم لأنه يتثبت بعد البلوغ وقت كمال العقل . فلا يصح أن يقال : الأسنان والأضراس سواء لعوده ، إلى معنى أن يقال : الأسنان وبعضها سواء انتهى . أقول : في هذا النظر مبالغة مردودة حيث قيل في أوله : والصواب أن يقال وفيه إشارة إلى أن ما في الكتاب خطأ ، وقيل في آخره فلا يصح أن يقال الأسنان والأضراس سواء ، وفيه تصريح بعدم صحة ما في الكتاب مع أن تصحيحه على طرف التمام فإن عطف الخاص على العام طريقة معروفة قد ذكرت مزيتها في علم البلاغة وله أمثلة كثيرة في التنزيل منها قوله تعالى - حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى - ومنها قوله تعالى - من كان عدواً لله وملائكته ورسوله وجبريل وميكال - فجاز أن يكون ما نحن فيه من قبيل ذلك ، ويعود حاصل معناه إلى أن يقال : الأضراس وما عداها من الأسنان سواء فإنه إذا عطف الخاص على العام يراد بالمعطوف عليه ما عدا المعطوف من أفراد العام كما صرحوا به فلا يلزم المحذور . ثم إن قوله أو يقال والأنياب والأضراس كلها سواء معارض بمثل ما أورد على ما في الكتاب ، فإن الأضراس تعم الأنياب كما أفصح عنه في المغرب حيث قال : الأضراس ما سوى الثنايا من الأسنان : وكذا ذكر في النهاية وغيرها فيعود معنى قوله والأنياب والأضراس سواء إلى أن يقال : وبعض الأضراس والأضراس كلها سواء لمثل ما ذكر في الإبراد على ما في الكتاب ، فلا معنى لأن يكون ذلك صواباً دون ما في الكتاب . نعم الأظهر في إفادة المراد هاهنا أن يقال : والأسنان كلها سواء على ما جاء به لفظ الحديث : أو أن يقال : والأضراس والثنايا كلها سواء بالجمع بين النوعين كما ذكر في المبسوط .

(فصل في الشجاج)

لما كان الشجاج نوعاً من أنواع ما دون النفس وتكاثر مسائله اسما وحكما ذكره في فصل على حدة ، كذا في الشروح . قلت : لو ذكر المصنف لفظ الباب بدل لفظ الفصل في قوله فصل فيما دون النفس ثم ذكر الشجاج التي هي نوع من أنواع ما دون النفس في فصل وذكر سائر أنواعه التي ستجيء في الفصل الآتي في فصل آخر أيضاً لكان أحسن وأوفق لما هو المعتاد في نظائره كما لا يخفى (قوله والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع من العين والدامية وهي التي تسيل الدم) أقول : تفسير الدامعة والدامية من الشجاج بهذا الوجه الذي ذكره المصنف ، وإن وقع في كثير من الكتب المعتبرة من الفقه كالبداية والكافي وعامة الشروح واقتضاء ترتيب القدوري في مختصره حيث قدم الدامعة على الدامية وصرح به في شرحه لمختصر الكرخي ، إلا أنه منظور فيه عندى لأنه يخالف لما ذكر في عامة كتب اللغة الموثوق بها ، فإنه قال في المغرب : الدامعة من الشجاج هي التي يسيل منها الدم كدمع العين : وقبلها الدامية وهي التي تدمى من غير أن يسيل منها دم انتهى . وقال في الصحاح : والدامعة من

(فصل في الشجاج)

لما كان الشجاج نوعاً من أنواع ما دون النفس وتكاثر مسائله ذكره في فصل على حدة . قال (الشجاج عشرة) ووجه ذلك أن قطع الجلد لا بد منه للشجة ، وبعد القطع إما أن يظهر الدم أو لا ، الثاني هو الحارصة . والأول إما أن يسيل الدم بعد

(فصل في الشجاج)

(قوله ووجه ذلك أن قطع الجلد) أقول : فيه أن الخدش لا يطلق عليه القطع في المتعارف ، والموجود في الثلاث الأول ذلك .

ولا تسيله كالدمع من العين (والدامية) وهى التى تسيل الدم (والباضعة) وهى التى تبضع الجلد أى تقطعه (والمتلاحمة) وهى التى تأخذ فى اللحم (والسمحاق) وهى التى تصل إلى السمحاق وهى جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس (والموضحة) وهى التى توضح العظم أى تبينه (والهاشمة) وهى التى تهشم العظم : أى تكسره (والمنقلة) وهى التى تنقل العظم بعد الكسر : أى تحوله (والآمة) وهى التى تصل إلى أم الرأس وهو الذى فيه الدماغ . قال (فى الموضحة القصاص إن كانت عمدا) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالقصاص فى الموضحة « ولأنه يمكن أن ينتهى السكين إلى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص . قال (ولا قصاص فى بنية الشجاج) لأنه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لأنه لا حدة ينتهى السكين إليه . ولأن فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه ، وهذا رواية عن أبى حنيفة . وقال محمد فى الأصل وهو ظاهر الرواية : يجب القصاص فيما قبل الموضحة لأنه يمكن اعتبار المساواة فيه ، إذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص . قال (وفيما دون الموضحة حكومة عدل) لأنه ليس فيها أرش مقدر ولا يمكن إهداره فوجب اعتباره بحكم العدل ،

الشجاج بعد الدامية . قال أبو عبيد : الدامية هى التى تدمى من غير أن يسيل منها دم ، فإذا سال منها الدم فهى الدامية بالعين غير معجمة انتهى . وقال فى القاموس : والدامية من الشجاج بعد الدامية اه . إلى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة ، وسيجىء من المصنف التصريح بأن الحكم فى الشجاج مرتب على الحقيقة اللغوية فى الصحيح فلا مجال للحمل على الاصطلاح المحض . ثم أقول : الصحيح المطابق للغة فى تفسير الدامية والدامية من الشجاج وترتيبهما ما ذكر فى المحيط البرهانى نقلا عن الطحاوى حيث قال فيه : اعلم أن أول الشجاج الحارصة بالخاء المهملة وهى التى تشق الجلد مأخوذ من قولهم حرص القصار الثوب إذا شقه فى الدق ولا تدميه ، ثم الدامية وهى التى تخدش الجلد وتدميه ولا تسيل الدم ، هكذا ذكره الطحاوى وذكر شيخ الإسلام : هى التى تقشر الجلد وتدميه سواء كان سائلا أو غير سائل ، ثم الدامية وهى التى تدمى وتسيل الدم ، هكذا ذكر الطحاوى فى كتابه . وذكر شيخ الإسلام : هى التى تسيل الدم أكثر مما يكون فى الدامية من السيالان مأخوذ من دمع العين ، فكأنها سميت بهذا الاسم لأن الألم يصل إلى صاحبها فتدمع عيناه بسبب ما يجده من الألم ، إلى هنا لفظ المحيط فتبصر (قوله والباضعة وهى التى تبضع الجلد : أى تقطعه) أقول : فى تفسير الباضعة بما ذكره المصنف فتور ، وإن تابعه صاحب الكافى وكثير من

الإظهار أو لا ، والثانى هو الدامية . والأول إما أن يقطع بعض الانخم أولا ، والثانى هو الدامية . والأول إما أن يكون قطع أكثر اللحم الذى بينه وبين العظم أولا ، والثانى هو الباضعة . والأول إما أن أظهر الجلدة الرقيقة الحائلة بين اللحم والعظم أو لا ، والثانى هو المتلاحمة . والأول إما أن يقتصر على الإظهار أو يتعدى ، والأول هو السمحاق ، والثانى إما أن يقتصر على إظهار العظم أو لا ، والأول هو الموضحة ، والثانى إما أن يقتصر على كسر العظم أو لا ، والأول هو الهاشمة ، والثانى إما أن يقتصر على نقل العظم وتحويله من غير وصوله إلى الجلدة التى بين العظم والدماغ أولا ، والأول هو المنقلة ، والثانى هو الآمة وهى العاشرة ، ولم يذكر ما بعدها وهى الدامية بالغين المعجمة ، وهى التى تخرج الدماغ لأن النفس لا تبقى بعدها عادة فكان ذلك قتلا لا شجة على ما يجىء فى الكتاب . وليس الكلام فيه ، فقد علم بالاستقراء بحسب الآثار أن الشجاج لا تزيد على ما ذكر فى الكتاب ، وقد علم بذلك حقيقة كل واحدة منها ، ثم ذكر الحكم بعد ذلك وهو واضح . قوله (ولأن فيما فوق الموضحة) يريد ما هو أكبر شجة منها وهو الهاشمة والمنقلة والآمة . وقوله (وفيما قبل الموضحة) يريد الست المتقدمة عليها من الحارصة إلى السمحاق .

(قوله والأول إما أن يكون قطع أكثر اللحم الذى بينه وبين العظم) أقول : ضمير بينه راجع إلى الجلد فى قوله ووجه ذلك أن قطع الجلد (قوله والثانى وهو الباضعة ، أقول : الباضعة على ما ذكره المصنف وغيره هى التى تقطع الجلد) قوله والأول إما أن يقتصر على الإظهار)

وهو مأثور عن النبي وعمر بن عبد العزيز . قال (وفي الموضحة إن كانت خطأ نصف عشر الدية . وفي الهاشمة عشر الدية ، وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية ، وفي الآمة ثلث الدية ، وفي الجائفة ثلث الدية الدية ، فإن نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية) لما روى في كتاب عمرو بن حزم رضى الله عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام قال « وفي الموضحة خمس من الإبل . وفي الهاشمة عشر ، وفي المنقلة خمسة عشر . وفي الآمة » ويروى « المأمومة ثلث الدية » وقال عليه الصلاة والسلام « في الجائفة ثلث الدية » وعن أبي بكر رضى الله عنه أنه حكم في جائفة نفذت إلى الجانب الآخر بثألي الدية . ولأنها إذا نفذت نزلت منزلة جائفتين إحداهما من جانب البطن والأخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية فلها وجب في النافذة ثلثا الدية . وبن محمد أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال : هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود . وما ذكرناه بدءا مروى عن أبي يوسف وهذا اختلاف عبارة لا يعود إلى معنى وحكم . وبعد هذا شجة أخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل إلى الدماغ .

التأخرين فيه ، لأن قطع الجند متحقق في الصورة الأولى أيضا سيما في الدامغة والدامية . إذ الظاهر أن شيئا من إظهار الدم وإسائه لا يتصور بدون قطع الجلد . وقد صرح الشراح بتحقيق قطع الجلد في كل من الأنواع العشرة للشجة فكان التفسير المذكور شاملا لكل غير مخصص بالباضعة ، فالظاهر في تفسير الباضعة ما ذكر في المحيط والبدائع حيث قال في المحيط : ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم : أي تقطعه . وقال في البدائع : والباضعة هي التي تبضع اللحم : أي تقطعه انتهى . ويعضد ذلك ما وقع في معتبرات كتب اللغة : فإنه قال في المغرب : وفي الشجاج الباضعة وهي التي جرحت الجلد وشقت اللحم انتهى . وقال في الصحاح : والباضعة : الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم وتدمي إلا أنه لا يسيل الدم انتهى . وقال في القاموس : والباضعة : الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم شقا خفيفا وتدمي إلا أنها تسيل انتهى . لا يقال : فعلى هذا تشبه الباضعة بالمتلاحمة ، فإنه قال في الكتاب : والمتلاحمة وهي التي تأخذ في اللحم ، وهذا في المآل عين ما نقلته عن المحيط والبدائع في تفسير الباضعة . لأننا نقول : من فسر الباضعة بما نقلناه من المعنى الظاهر لا يقول بتفسير المتلاحمة بما ذكر في الكتاب حتى يلزم الاشتباه بل يزيد عليه قيدا . وعن هذا قال في المحيط : ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم : أي تقطعه . قال شيخ الإسلام : ولا تنزع شيئا من اللحم . ثم المتلاحمة وهي التي تقطع اللحم وتنزع شيئا من اللحم ، إلى هنا لفظ المحيط . وقال في البدائع : والباضعة هي التي تبضع اللحم : أي تقطعه ، والمتلاحمة هي التي تذهب في اللحم أكثر مما تذهب الباضعة فيه انتهى . وقال في المغرب : والمتلاحمة من الشجاج هي التي تشق اللحم دون العظم ثم تتلاحم بعد شقها : أي تتلاءم وتتلاصق اهـ . وقال في الصحاح : والمتلاحمة : الشجة التي أخذت في اللحم ولم تبلغ السمحاق انتهى . وقال في القاموس : وشجة متلاحمة أخذت فيه ولم تبلغ السمحاق انتهى (قواه وفي الجائفة ثلث الدية) قال في الإيضاح : الجائفة ما اتصل إلى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه ، وما وصل من الرقبة إلى الموضع الذي إذا وصل إليه الشراب كان مفطرا ، وما فوق ذلك فليس بجائفة انتهى . وقال في النهاية ومعراج الدراية بعد نقل ذلك : فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل الشجاج وقع اتفاقا ، وكذا

والمسبار ما يسر به الجرح : أي يقدر قدر غوره بحديدة أو غيرها ، والمراد بقوله فيما دون الموضحة ما قبلها وهي الست المذكورة . وجوب حكومة عدل فيها إنما هو على رواية غير الأصل ، وأما على روايته فقد قال : يجب القصاص فيما فوق الموضحة . وقوله (وفي الجائفة ثلث الدية) قال في الإيضاح : الجائفة ما اتصل إلى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين ، والاسم دليل عليه ، وما وصل من الرقبة إلى الموضع الذي إذا وصل إليه الشراب كان مفطرا ، وما فوق ذلك فليس بجائفة . قال في النهاية : فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل الشجاج وقع اتفاقا ، وذلك لأن الشجاج تختص بالرأس والجنب والوجه والذقن . وقوله (وهذا اختلاف عبارة لا يعود إلى معنى) يعني يرجع إلى مأخذ الاشتقاق ، فمحمد ذهب إلى أن المتلاحمة مشتقة من التحم الشيطان أقول : أي إظهار الجلدة الرقيقة (قال المصنف : وعن محمد أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة الخ) أقول : وعلى ما ذكره محمد تبي التي تأخذ

وإنما لم يذكرها لأنها تقع قتلا في الغالب لاجتياها مقتصرة منفردة بحكم على حدة . ثم هذه الشجاجة تختص بالوجه والرأس لغة . وما كان في غير الوجه والرأس يسمى جراحة . والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح : حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها أرش مقدر . وإنما تجب حكومة العدل لأن التقدير بالتوقيف وهو إنما ورد فيما يختص بهما . ولأنه إنما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة . والشين يختص بما يظهر منها في الغالب وهو العضوان هذان لاسواهما . وأما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك . حتى لو وجد فيهما مافيه أرش مقدر لا يجب المقدر . وهذا لأن الوجه مشتق من المواجهة ، ولا مواجهة للناظر فيهما إلا أن عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة : وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضا .

قال في العناية نقلا عن النهاية . أقول : نعم على ما ذكر في الإيضاح يكون الأمر كذلك : إلا أن المصنف تداركه حيث قال فيما بعد : وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أوجوف البطن : يعني أنها لما تناولت ما في جوف الرأس أيضا كانت من الشجاجة فيما إذا وقعت في الرأس فتدخل في مسائل الشجاجة باعتبار ذلك فلا يكون ذكرها في فصل الشجاجة مما وقع اتفاقا (قوله ثم هذه الشجاجة تختص بالوجه والرأس لغة) قال في النهاية ومعراج الدراية : وكذلك تختص بالجهة والوجنتين والذقن أيضا على ما ذكرنا من رواية الإيضاح انتهى . أقول : ليس لهذا الكلام وجه . إذ لا شك أن كلا من الجهة والوجنتين والذقن داخل في الوجه : لأنهم صرحوا في أول كتاب الطهارة بأن حد الوجه من قصاص الشعر إلى أسفل الذقن وإلى شحمي الأذن : لأن المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها ، وقد صرح الشراح فيما سأتى في هذا الفصل حتى صاحب النهاية ومعراج الدراية أنفسهم أيضا بأن الذقن من الوجه بلا خلاف ، والعظم الذي تحت الذقن وهو اللحيان من الوجه أيضا عندنا خلافا لمالك . فقول المصنف ثم هذه الشجاجة تختص بالوجه والرأس يشمل الكل : فبعد ذلك ما معنى أن يقال : وكذلك تختص بالجهة والوجنتين والذقن أيضا ، وكل من العطف وأداة التشبيه يقتضي المغايرة لا محالة (قوله ولأنه إنما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة) قال بعض الفضلاء : دليل على عدم جواز إلحاق الجراحة بها دلالة : ففي قوله ولأنه تسامح انتهى . أقول : إن أراد أنه دليل على ذلك أصالة فهو ممنوع : وإن أراد أنه دليل أصالة على عدم وجوب أرش مقدر في الجراحة التي في غير الوجه والرأس ولكن يتضمن الدلالة أيضا على عدم جواز إلحاق تلك الجراحة بالشجاجة دلالة فهو مسلم . ولكن قوله ففي قوله ولأنه تسامح ممنوع : لأن قوله لأن التقدير بالتوقيف دليل على عدم وجوب أرش مقدر في الجراحة الكائنة في غير الوجه والرأس . ولما كان قوله ولأنه إنما ورد الحكم فيها الخ دليلا على ذلك أيضا أصالة كان حق الأداء أن يقال : ولأنه بلا تسامح أصلا ، ولعل ذلك البعض إنما غره تقرير صاحب الكافي هاهنا حيث قال : لأن الأثر بالتقدير جاء في الشجاجة في الرأس والوجه وغيرهما ليس في معناها حتى يلحق بهما ، لأنه إنما ورد الحكم فيهما لمعنى الشين الذي يلحقهما ببقاء أثر الجراحة ، والشين إنما يكون فيما يظهر من البدن وهو الوجه والرأس انتهى . ولكن لتقرير المصنف شأن آخر كما ترى (قوله إلا أن عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة . وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضا) قال في النهاية وفي مبسوط شيخ الإسلام : ويجب أن يفترض غسل اللحيين في الطهارة لأنهما من الوجه على الحقيقة ، إلا أننا تركنا هذه الحقيقة بالإجماع ولا إجماع هاهنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى . وهكذا ذكر في الكفاية ومعراج الدراية أيضا . وأما صاحب العناية فذكره على وجه السؤال والجواب حيث قال : قيل عليه فيجب أن يكون غسلهما فرضا في الطهارة . وأجيب بأننا تركنا هذه الحقيقة بالإجماع ولا إجماع هاهنا

إذا اتصل أحدهما بالآخر ، فالمتلاحة ما تظهر اللحم ولا تقطعه ، والباضعة بعدها لأنها تقطعه . وقوله (وأما اللحيان) يريد به العظم الذي تحت الذقن . وقوله (وقد يتحقق فيه معنى المواجهة) قيل عليه فيجب أن يكون غسلهما فرضا في الطهارة . وأجيب من اللحم غير المذكورة ، إلا أن تم الباضعة لما كما ذكره الإمام الزيلعي وغيره من الشراح (قال المصنف : ولأنه إنما ورد الحكم فيها الخ) أقول : دليل على عدم جواز إلحاق الجراحة بها دلالة ، ففي قوله ولأنه تسامح (قال المصنف : وهو العضوان هذان لاسواهما) أقول : اليد أيضا كذلك ، ثم الرأس يستر غالبا بالعمامة ، نعم كشفه أكثر من كشف سائر البدن .

وقالوا : الجائفة تختص بالجوف : جوف الرأس أو جوف البطن ، وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوى أن يقوم مملوكا بدون هذا الأثر ويقوم وبه هذا الأثر ، ثم ينظر إلى تفاوت ما بين القيمتين ، فإن كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية ، وإن كان ربع عشر فربع عشر . وقال الكرخي : ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية ، لأن ما لا نص فيه يرد إلى المنصوص عليه .

فصل

قال (وفي أصابع اليد نصف الدية) لأن في كل أصبع عشر الدية على ما روينا ، فكان في الخمس الدية نصف

فبقيت العبرة للحقيقة انتهى . واقتنى أثره الشارح العيني . أقول : في الجواب إشكال عندى لأن المحيين إذا كانا من الوجه على الحقيقة كانا داخلين تحت قوله تعالى - فاغسلوا وجوهكم - فيكون ترك وجوب غسلهما بالإجماع نسخا للكتاب بالإجماع ، وقد تقرر في أصول الفقه أن الإجماع لا ينسخ الكتاب ولا السنة (قوله وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن) أقول : فيه كلام ، وهو أن الجائفة إن تناولت ما في جوف الرأس أيضا فالتى في جوف الرأس منها إن كانت من أحد الأنواع العشرة للشجاج فما معنى ذكرها وبيان حكمها بعد ذكر تلك الأنواع بأسرها وبيان حكم كل واحد منها ، وإن لم تكن من أحد تلك الأنواع بل كانت مغايرة لها فما معنى قوله في صدر الفصل الشجاج عشرة ، إذ تكون الشجاج حينئذ إحدى عشرة ، اللهم إلا أن يقال : هي إحدى تلك الأنواع وهو الآمة بدلالة كون حكمها ثلث الدية . وذكرها مع حكمها بعد ذكر تلك الأنواع مع أحكامها لبيان حال قسمها الذى في جوف البطن لا لبيان حال قسمها الذى في جوف الرأس لكنه تعسف لا ينبغي .

(فصل في الأطراف دون الرأس)

لما كانت الأطراف دون الرأس ولها حكم على حدة ذكرها في فصل على حدة ، كذا في العناية وغيرها . أقول : لا يذهب على الناظر في مسائل هذا الفصل أنها غير منحصرة في الأطراف ، بل بعضها متعلقة بالأطراف وبعضها متعلقة بالشجاج ، وبعضها متعلقة بالقتل ، فالوجه المذكور إنما يتمشى في بعض منها دون الكل ، فالأوجه عندى أن يقال : لما كانت مسائل هذا الفصل مسائل متفرقة ولهذا كانت كل مسألة منها في باب على حدة في مختصر الكرخي كما ذكر في غاية البيان أوردتها المصنف في فصل على حدة وأخرها عن الفصلين المارّين جريا على ما هو عادة المصنفين من جمع المسائل المتفرقات في فصل واحد وتأخيرها عن سائر الفصول تلافيا لما فات فيها ، إلا أنه لم يصرح بكونها مسائل متفرقة كما هو المعتاد أيضا اعتمادا على فهم الناظرين (قوله وفي أصابع اليد نصف الدية) أى في أصابع اليد الواحدة نصف الدية ، إذ في أصابع اليدين كمال الدية كما مر . أقول : لقائل

بأننا تركنا هذه الحقيقة بالإجماع ، ولا إجماع هاهنا فبقيت العبرة للحقيقة . وقوله (ثم ينظر إلى تفاوت ما بين القيمتين) مثاله إن كانت قيمته من غير جراحة تبلغ ألفا ومع الجراحة تبلغ تسعمائة علم أن الجراحة أوجب نقصان عشر قيمته فأوجب عشر الدية لأن قيمة الحر دية . قال قاضيان : والفتوى على هذا . وقوله (ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة) بيانه أن هذه الشجة لو كانت باضعة مثلا فإنه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة ، فإن كان مقدارها ثلث الموضحة وجب ثلث أرش الموضحة ، وإن كان ربع الموضحة يجب ربع أرش الموضحة ، وإن كان ثلاثة أرباع الموضحة يجب ثلاثة أرباع أرش الموضحة . قال شيخ الإسلام : هذا هو الأصح لحديث على فإنه اعتبر حكومة العدل في الذى قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار ولم يعتبر بالبيد .

(فصل)

لما كانت الأطراف دون الرأس ولها حكم على حدة ذكرها في فصل على حدة (في أصابع اليد نصف الدية) لأن في كل

(فصل في أصابع اليد)

(قال المصنف : في أصابع اليد نصف الدية) أقول : ولا يعلم فيه خلاف .

ولأن في قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر (فإن قطعها مع الكف ففيه أيضا نصف الدية) لقوله عليه الصلاة والسلام « وفي اليدين الدية : وفي إحداهما نصف الدية » ولأن الكف تبع للأصابع لأن البطش بها (وإن قطعها مع نصف الساعد في الأصابع والكف نصف الدية ، وفي الزيادة حكومة عدل) وهو رواية عن أبي يوسف . وعنه : أن ما زاد على أصابع اليد والرجل فهو تبع للأصابع إلى المنكب وإلى الفخذ . لأن الشرع أوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة إلى المنكب فلا يزداد على تقدير الشرع . ولهما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والأصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا في حق التضمين . ولأنه لا وجه إلى أن يكون تبعا للأصابع لأن بينهما عضوا كاملا . ولا إلى أن

أن يقول : لما ذكر فيما مر إن في كل أصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية كان ذكر هذه المسئلة هاهنا مستدركا ، إذ لا شك أن خمسة أعشار الدية نصف الدية . فعلم قطعها ما مر أن في أصابع اليد الواحدة وهي خمس أصابع نصف الدية ، ولولم يكف الاستلزام والاقترضاء في حصول العلم بمسئلة بل كان لابد فيه من التصريح بها لازم . أن يذكر أيضا أن في الأصبعين عشري الدية وفي ثلاث أصابع ثلاثة أعشار الدية وفي أربع أصابع أربعة أعشار الدية ، إلى غير ذلك من المسائل المتروكة ذكرها صراحة في الكتاب . ويمكن الجواب عنه بأن ذكر هذه المسئلة هنا ليس لبيان نفسها أصالة حتى يتوهم الاستدراك ، بل ليكون ذكرها توطئة للمسئلة المعاقبة إياها وهي قوله فإن قطعها مع الكف ففيه أيضا نصف الدية ، فالقصد بالبيان هنا أن قطع الأصابع وحدها وقطعها مع الكف سيان في الحكم ، وعن هذا قال في الوقاية في هذا المقام : وفي أصابع يد بلا كف ومعها نصف الدية (قوله ولأن في قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر) يعني أن قطع كلها تفويت جنس منفعة البطش وهو يوجب الدية الكاملة على ما مر ، ففي تفويت نصف منفعة البطش اللازم من قطع أصابع اليد الواحدة نصف الدية لاحتالة . ثم إن جمهور الشراح قالوا : قوله على ما مر إشارة إلى قوله ولأن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشرة فتقسم الدية عليها . أقول : فيه بحث ، إذ الظاهر أن قوله على ما مر متعلق بقوله وهو الموجب لإيما قبله ، وإلا لكان حق قوله وهو الموجب أن يؤثر عن قوله على ما مر ، وإذا كان قوله على ما مر متعلقا بقوله وهو الموجب لم يتم أن يشار به إلى ما قاله هؤلاء الشراح ، إذ ليس في ذلك تعرض لما هو الموجب للدية حتى يشار إليه هنا بقوله كما مر . وقال صاحب الغاية هنا : قوله وهو الموجب على ما مر : أي الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لتفويت صورة الآلة على ما مر في فصل فيما دون النفس اه . أقول : هذا أبعد مما ذهب إليه جمهور الشراح . لأن بيان كون الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة الآلة لما لفائدة له أصلا فيما نحن فيه ، لأن المفروض فيه قطع أصابع اليد الواحدة على ما يدل عليه قوله ولأن في قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش دون مجرد إزالة منفعتها بدون القطع حتى يتصور كون قول المصنف هاهنا على ما مر إشارة إلى ما ذكره في فصل فيما دون النفس قبيل فصل الشجاج بقوله لأن المتعلق تفويت جنس المنفعة لا تفويت الصورة كما زعمه صاحب الغاية ، بخلاف ما مر في ذلك الفصل . فإن وضع المسئلة هناك فيمن ضرب عضوا فأذهب منفعته بدون أن يقطعه ، فليان كون الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لتفويت الصورة تأثير تام وفائدة ظاهرة هناك . ثم أقول : الأقرب إلى الحق عندي أن يكون قول المصنف هنا على ما مر إشارة إلى ما ذكره في أوائل فصل فيما دون النفس من قوله والأصل في الأطراف أنه إذا فوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصودا في الأدنى على الكمال يجب كل الدية لإتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالإتلاف من كل وجه تعظيما للأدى . اه . فإن الظاهر منه أن الموجب للدية الكاملة في الأطراف تفويت جنس المنفعة أو إزالة الجمال المقصود في الأدنى على الكمال فيناسب الإشارة إليه هنا بقوله على ما مر في قوله وهو الموجب على ما مر (قوله ولهما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والأصابع دون الذراع) أقول : لقائل أن يقول : الظاهر من هذا الكلام أن يكون لكل

أصبع عشر الدية على ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم « في كل أصبع عشر من الإبل » وقوله (على ما مر) إشارة إلى قوله

يكون تبعا للكفّ لأنه تابع ولا تبع للتبع . قال (وإن قطع الكف من المفصل وفيها أصبع واحدة ففيه عشر الدية ، وإن كان أصبعين فالحمس ، ولا شيء في الكف) وهذا عند أبي حنيفة ، وقالوا : ينظر إلى أرش الكفّ والأصبع فيكون عليه الأكثر ، ويدخل القليل في الكثير لأنه لا وجه إلى الجمع بين الأرشين لأن الكل شيء واحد ، ولا إلى إهدار أحدهم لأن كل واحد منهما أصل من وجه فرجحنا بالكثرة . وله أن الإصابع أصل والكف تابع حقيقة وشرعا ، لأن البطش يقوم بها ، وأوجب الشرع في أصبع واحدة عشرة من الإبل . والرجيع من حيث الذات والحكم أولى من الرجيع من حيث مقدار الواجب (ولو كان في الكفّ ثلاثة أصابع يجب أرش الأصابع ولا شيء في الكفّ بالإجماع) لأن الإصابع أصول في التقويم ، وللأكثر حكم الكل فاستتبعت الكفّ ، كما إذا كانت الأصابع قائمة بأسرها . قال (وفي الأصبع الزائدة حكومة عدل) تشريفا للآدمي لأنه جزء من يده ، ولكن لا منفعة فيه ولا زينة (وكذلك السن الشاغية) لما قلنا (وفي عين الصبيّ

واحد من الكفّ والأصابع مدخل في البطش ، ومداول قوله فيما قبل ولأن الكف تبع للأصابع لأن البطش بها أن يكون الباطش هو الأصابع لا غير ، فبين كلاميه في المقامين نوع تدافع ، وكأن صاحب الكافي تظن له حيث غير تحرير المصنف هنا فقال : لهما أن أرش اليد إنما يجب باعتبار أنه آلة باطشة ، والأصل في البطش الأصابع والكفّ تبع لها ، أما الساعد فلا يتبعها لأنه غير متصل بها فلم يجعل تبعا لها في حق التضمين انتهى . ثم أقول : يمكن التوفيق بين كلامي المصنف أيضا بنوع عناية ، وهو أن يقدر

ولأن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة الخ . وقوله (ولا تبع للتبع) يعني وإذا لم يكن تبعا للأصابع ولا للكفّ وجب اعتباره على حدة إذ لا وجه لإهداره ، ولم يرد فيه من الشارع شيء مقدر فيجب فيه حكومة عدل . وأجيب عن قوله واليد اسم لهذه الجراحة بالمنع ، فإن اليد إذا ذكرت في موضع القطع فالمراد به من مفصل الزند كما في آية السرقة . وقوله (وإن قطع الكفّ من المفصل) واضح (وقوله والرجيع من حيث الذات والحكم أولى من الرجيع من حيث مقدار الواجب) يعني أن الرجيع من حيث الحقيقة والشرع ، أما من حيث الحقيقة فهو أن البطش بالأصابع ، وأما من حيث الحكم فلأن الأصبع له أرش مقدر والكف ليس كذلك ، وما ثبت فيه التقدير شرعا فهو ثابت بالنص ، وما لا تقدير فيه شرعا فهو ثابت بالرأى ، وهو لا يعارض النص فكان ماثبت فيه التقدير نصا أولى ، فإن المصير إلى الرأى ضرورة ولا ضرورة عند إمكان إيجاب الأرض المقدر شرعا . ولما كان الاعتبار عند أبي حنيفة لتقدير الشرع نصا لم يفرق بين أن يكون الباقي من الأصابع واحدا أو أكثر لأن للأصبع الواحدة أرشا مقدرا فيجعل الكفّ تبعا للأصبع الواحدة ، وكذا المفصل الواحد من الأصابع في ظاهر الرواية لأن له أرشا مقدرا ، وما بقي شيء من الأصل وإن قلّ فلا حكم للتبع . وقوله (في الأصبع الزائدة حكومة عدل) يعني سواء قطع عمدا أو خطأ ، وسواء كان للقاطع أصبع زائدة أو لا ، أما إذا لم يكن فلا لأنه لا وجه إلى قطع أصبع أخرى فلا يجب القصاص ، كمن قطع إبهام إنسان وليس له إبهام ولأن المساواة في القيمة شرط جريان القصاص ولم توجد لأن قيمة الأصبع الزائدة حكومة عدل وقيمة الأصبع الغير الزائدة أرش مقدر فلا مساواة بينهما في القيمة . وأما إذا كان له أصبع زائدة فلأن المساواة في القيمة يقينا شرط جريان القصاص ولم يوجد لما قلنا إن الواجب في قطع الزائد حكومة عدل وهي تعرف بالقيمة والقيمة تعرف بالحزر والظن فلا يقين ثمة . وقوله (لأنه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة) قيل عليه إنه منقوض بما إذا كان في ذقن رجل شعيرات معدودة فأزالها رجل ولم ينبت مثلها فإنه لم يجب حكومة عدل وإن كان الشعر جزءا من الآدمي بدليل أنه لا يخل الانتفاع به . وأجيب بأن إزالة جزء الآدمي إنما توجب حكومة عدل إذا بقي من أثره ما يشينه كما في قطع الأصبع الزائدة ، وإزالة الشعرات تزيينه لا تشينه فلا توجهها ، كما لو قص ظفر غيره بغير إذنه . وقوله (وكذلك السن الشاغية) أي الزائدة (لما قلنا) يريد قوله لأنه جزء من يده ،

(قوله وأجيب بأن إزالة جزء الآدمي الخ) أقول : وجوب الحكومة يدل على ذلك لأنها باعتبار النقص في القيمة وذلك بالشين اللاحق به

وذكره ولسانه إذا لم تعلم صحته حكومة عدل) وقال الشافعي : تجب فيه دية كاملة ، لأن الغالب فيه الصحة فأشبه قطع المارن والأذن . ولنا أن المقصود من هذه الأعضاء المنفعة ، فإن لم يعلم صحتها لا يجب الأرش الكامل بالشك . والظاهر لا يصلح حجة للإلزام بخلاف المارن والأذن الشاحصة . لأن المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال (وكذا لو استهل الصبي) لأنه ليس بكلام وإنما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون حكمه بعد ذلك حكم البالغ في العمد والخطأ . قال (ومن شج رجلا فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرش الموضحة في الدية) لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء فصار كما إذا أوضحه فمات . وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر ، حتى لو نبت يسقط . والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الحملة كما إذا قطع أصبع رجل فشأت يده .

المضاف في قوله فيما قبل لأن البطش بها : أي لأن أصل البطش بها كما قال في الكافي هناك ، لأن قوام البطش بها فلا ينأى أن يكون بالكف أيضا بطش في الحملة بالتبعية فيرفع التدافع (قوله لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء فصار كما إذا أوضحه فمات) أقول : فيه نظر ، إذ لو كان فوات العقل بمنزلة الموت وكان هذا مدار دخول أرش الموضحة في الدية لما تم ماسبق في فصل فيما دون النفس من أنه قد روي أن عمر رضى الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر ، فإنهم صرحوا بأنه لو مات من الشجة لم يلزمه إلا دية واحدة ، فلو صح كون فوات العقل بمنزلة الموت لما لزم ١ في ضربة ذهب بها العقل إلا دية واحدة فليتأمل (قوله وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط) قال صاحب النهاية : أي لو نبت الشعر والتأمت الشجة فصار كما كان لا يجب شيء فثبت بهذا أن وجوب أرش الموضحة بسبب فوات الشعر انتهى . وقال صاحب العناية : قوله وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر لبيان الجزئية ، وقوله حتى لو نبت يعني الشعر يسقط : يعني أرش الموضحة لبيان أن الأرش يجب بالفوات ، كذا في النهاية ، وليس بمفتقر إليه لكونه معلوما أنه أقول : إن قوله وليس بمفتقر إليه لكونه معلوما ليس بشيء ، إذ لا ريب أن كون وجوب أرش الموضحة بفوات جزء من

فإن السن جزء من فمه والسن الشاغية هي التي يخالف نبتها نبت غيرها من الأسنان : يقال رجل أشفى وامرأة شغواء ، فلنأه وإن كانت زائدة فهي نقصان معنى . وقوله (والظاهر لا يصلح حجة للإلزام) إنما قيد بالإلزام لأن مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير الإلزام ، حتى لو أعتق صغيرا لا يعلم صحة هذه الأعضاء منه يقينا يخرج عن عهدة الكفارة لأن الغالب هو السلامة ، وقد تقدم من قبل في قوله ويجزیه رضيع . قال (ومن شج رجلا فذهب عقله أو شعر رأسه) في هذا بيان أن الجزء قد يدخل في الكل قوله (فصار كما إذا أوضحه فمات) يعني من حيث أن ذهاب العقل في معنى تبديل النفس وإلحاقه بالبهائم أو من حيث أن العقل ليس في موضع يشار إليه فصار كالروح للجسد . وقوله (وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر) لبيان الجزئية . وقوله (حتى لو نبت) يعني الشعر (يسقط) يعني أرش الموضحة لبيان أن الأرش يجب بالفوات كذا في النهاية ، وليس بمفتقر إليه لكونه معلوما . وقوله (وقد تعلقا) يعني أرش الموضحة والدية (بسبب واحد) وهو فوات الشعر لكن سبب الدية الكل فدخل

وقول الكرخي لا يمكن اعتباره في غير الرأس والوجه كالأخفى (قال المصنف : وقال الشافعي : تجب دية كاملة) أقول : قال الكاكي : وبه قال أحد الثوري لعموم الحديث . قلنا : خص منه لسان الأخرس انتهى . وفيه أنه لا يدفع عموم حديث العين والذكر (قوله أو من حيث أن العقل ليس في موضع يشار إليه الخ) أقول : قال العلامة الكاكي : وفيه تأمل ، إذ بعض أهل السنة قالوا : محل العقل القلب ، وبعضهم قالوا محل الرأس انتهى . فكان الأولى أن يقال من حيث بطلان منفعة جميع الأعضاء كما قاله المصنف ، فشرح كلامه بما ذكره لا يطابق الشروح .

وقال زفر : لا يدخل لأن كل واحد منهما جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات . وجوابه ما ذكرناه . قال (وإن ذهب سمعه أو بصره أو كلامه فعليه أرش الموضحة مع الدية) قالوا : هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف . وعن أبي يوسف أن الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر . وجه الأول أن كلا منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فأشبهه الأعضاء المختلفة ، بخلاف العقل لأن منفعته عائدة إلى جميع الأعضاء على ما بينا .

الشعر لا بمجرد تفريق الاتصال . والإيلام الشديد أمر خفي جدا غير معلوم بدون البيان والإعلام : إذ كان الظاهر المتبادر مما ذكروا في فصل الشجاج أن لا يشترط في وجوب أرش الموضحة فوات جزء من الشعر بالكلية بأن لا ينبت بعد أصلا ، فإنهم قالوا : الموضحة من الشجاج هي التي توضح العظم : أي تبينه ثم يبنوا حكمها بأنه القصاص إن كانت عمدا ، ونصف عشر الدية إن كانت خطأ ، ولا شك أن اسم الموضحة وحدها المذكور يتحققان فيما نبت فيه الشعر أيضا ، فكان اشتراط أن لا ينبت الشعر بعد البرء أصلا في وجوب أرشها أمرا خفيا محتاجا إلى البيان بل إلى البرهان ، ولهذا قال المصنف : وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط . وقال في الكافي : وجوب أرش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر ، ولهذا لو نبت الشعر على ذلك الموضع واستوى لا يجب شيء . وقال في المبسوط : وجوب أرش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر بدليل أنه لو نبت الشعر على ذلك الموضع فاستوى كما كان لا يجب شيء إلى غير ذلك من البيانات الواقعة من الثقات (قوله وجوابه ما ذكرناه) قال في العناية : قيل يعني به قوله لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء ، وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد وهو أشمل من الأول انتهى . أقول : في قوله وهو أشمل بحث ، لأن المراد بسبب واحد في قول المصنف وقد تعلقا بسبب واحد إنما هو فوات الشعر كما يرشد إليه قوله فدخل الجزء في الجملة ، لأن الجزئية إنما توجد في صورة فوات شعر رأسه بالشجة لافي صورة ذهاب عقله بها ، وقد صرح الشراح حتى صاحب العناية نفسه بكون مراد المصنف بسبب واحد هناك فوات الشعر حيث قال في شرحه قوله وقد تعلقا : يعني أرش الموضحة والدية بسبب واحد وهو فوات الشعر ، لكن سبب الموضحة البعض وسبب الدية الكل فدخل الجزء في الجملة انتهى . ولا يخفى أن هذا المعنى يختص بالمسئلة الثانية ، وهي صورة ذهاب شعر رأسه ، كما أن قوله لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء يختص بالمسئلة الأولى وهي صورة ذهاب عقله ، فكيف يصح القول بأن القيل الثاني أشمل من الأول ؟ والوجه عندى أن يكون مراد المصنف بقوله ما ذكرناه في قوله وجوابه ما ذكرناه مجموع ما ذكره في تعليلي المسئلتين فحينئذ يوجد الشمول بلا غبار كما لا يخفى (قوله وجه الأول أن كل واحد جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فأشبهه الأعضاء المختلفة ، بخلاف العقل لأن منفعته عائدة إلى جميع الأعضاء) قال في معراج الدراية : قال الهندواني : كنا نفرق بهذا الفرق حتى رأيت ما ينقضه ، وهو أنه لو قطع يده فذهب عقله أن عليه دية العقل وأرش اليد بلا خلاف من أحد ، فلو كان زوال العقل كزوال الروح لما وجب أرش اليد كما لو مات ، والصحيح من الفرق أن الجناية وقعت على عضو واحد في العقل ، ووقعت في السمع والبصر على عضوين فلا يدخل انتهى . أقول : كما ينتقض الفرق المذكور في الكتاب

الجزء في الجملة كما إذا قطع إصبع رجل فشلت يده . وقوله (وجوابه ما ذكرناه) قيل يعني به قوله لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء . وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد وهو أشمل من الأول . وقوله (قالوا) يعني المشايخ (هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف) قال في النهاية : ذكر أبي يوسف مع أبي حنيفة وقع سهوا لكونه مخالفا لجميع روايات الكتب المتداولة ، فينبغي أن يذكر محمدا مكان أبي يوسف كما هو في الإيضاح ، أو لا يذكر أحدا أصلا كما هو رواية المبسوط وشرح الجامع الصغير والذخيرة والمغني ، وهذا الذي ذكره إذا كان خطأ ، وأما إذا كان عمدا يجب أرش الموضحة ودية السمع والبصر عند أبي حنيفة ، وعندهما يجب القصاص في الشجة والدية في السمع والبصر . وقوله (وجه الأول) هو أن أرش الموضحة لا يدخل في الدية الواجبة بذهاب السمع والبصر والكلام . وقوله (على ما بينا) يعني قوله لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء .

ووجه الثانى أن السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل . والبصر ظاهر فلا يلحق به . قال (وفى الجامع الصغير : ومن شبح رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص فى ذلك) عند أبى حنيفة . قالوا : وينبغى أن تجب الدية فيهما (وقالوا : فى الموضحة القصاص) قالوا : وينبغى أن تجب الدية فى العينين . قال (وإن قطع أصبع رجل من المفصل الأعلى فشل ما بقى من الأصبع أو اليد كلها لا قصاص عليه فى شئ من ذلك) وينبغى أن تجب الدية فى المفصل الأعلى وفيما بقى حكومة عدل (وكذلك لو كسر سن رجل فاسود ما بقى) ولم يحك خلافا وينبغى أن تجب الدية فى السن كله (ولوقال اقطع المفصل واترك ما بيس أو اكسر القدر المكسور واترك الباقي لم يكن له ذلك) لأن الفعل فى نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما لو شجه منقلة فقال أشجه موضحة وأترك الزيادة . لهما فى الخلافية أن الفعل فى محلين فيكون جنايتين مبتدأتين فالشبهة فى إحداها لاتعدى إلى الأخرى ، كمن رمى إلى رجل عمدا فأصابه ونفذ منه إلى غيره فقتله يجب القود فى الأول والدية فى الثانى . وله أن الجراحة الأولى سارية والجزء بالمثل ، وليس فى وسعه السارى فيجب المال ، ولأن الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة ، وكذا المحل متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر فأورثت نهايته شبهة الخطأ فى البداية ، بخلاف النفسين لأن أحدهما ليس من سرية صاحبه . وبخلاف ما إذا وقع السكين على الأصبع

بالمسئلة التى ذكرها الهندوانى كذلك ينتقض ما عدّه صحيحا من الفرق بتلك المسئلة ، فإن الجناية وقعت فيها أيضا على عضو واحد وهو اليد ، مع أنه لم يدخل أرش اليد فى الدية ، وإن اعتبر العقل فى تلك المسئلة عضوا مغايرا لعضو اليد فتكون الجناية فيها واقعة على العضوين بذلك الاعتبار ، فلم لم يعتبر العقل فى مسئلة الشجة أيضا عضوا مغايرا للمحل الشجة حتى تكون هذه المسئلة أيضا بذلك الاعتبار من قبيل ما وقعت الجناية على عضوين فلا يدخل الأرض فى الدية كما فى السمع والبصر . وبإجملة ما عدّه الهندوانى صحيحا من الفرق هنا لا يخلو عن الانتقاض أيضا فتأمل (قوله ووجه الثانى أن السمع والكلام مبطن) قال صاحب العناية : قيل يراد به الكلام النفسى بحيث لا ترسم فيها المعانى ولا يقدر على نظم التكلم ، فإن كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسرا جدا ، وإن كان المراد به التكلم بالحروف والأصوات فى جعله مبطنا نظر انتهى . أقول : يمكن أن المراد به هو الثانى ، والمراد بكون السمع والكلام مبطنا كون محلها مستورا غائبا عن الحس ، بخلاف البصر فإن محله ظاهر مشاهد فيندفع النظر كما ترى (قوله وينبغى أن تجب الدية فى المفصل الأعلى وفيما بقى حكومة عدل) أقول : لقائل أن يقول : هذا يخالف وينافى ما ذكره

وقوله (ووجه الثانى) يعنى قوله وعن أبى يوسف أن السمع والكلام مبطن ، قيل يراد به الكلام النفسى بحيث لا ترسم فيها المعانى ولا يقدر على نظم التكلم ، فإن كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسرا جدا ، وإن كان المراد به التكلم بالحروف والأصوات فى جعله مبطنا نظر . وقوله (وقالوا) يعنى المشايخ : أى قال المشايخ (ينبغى أن تجب الدية فيهما) أى فى العينين (والأرش فى الموضحة) وقالوا : فى الموضحة القصاص (قالوا) أى المشايخ (وينبغى أن تجب الدية فى العينين) وقوله (لهما فى الخلافية) أى فيها إذا شج رجلا موضحة فذهبت عيناه ، قالوا : يجب فى الموضحة القصاص وفى العينين الدية (وله) أى ولأبى حنيفة (أن الجراحة الأولى سارية) والجراحة التى تعمل قصاصا قد لاتكون سارية إذ ليس فى وسعه فعل ذلك فلا يكون مثلا للأولى ، ولا قصاص بدون المماثلة (ولأن الفعل واحد وهو الحركة القائمة) أى الثابتة حال الشج (وكذا المحل) أى محل الجنايتين (واحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر) ونهاية الجناية لم توجب القصاص بالاتفاق فيورث شبهة فى البداية نظرا إلى اتحادهما . وقوله (بخلاف النفسين) جواب عن قولهما كمن رمى إلى رجل عمدا فأصابه وتعدى إلى غيره فقتله . ووجه ذلك أنا جعلنا الفعل واحدا من حيث أن الثانى حصل من سرية الأول وهاتنا ليس كذلك ، فإن السرية إنما تكون بتعاقب الآلام وهو إنما يتحقق فى شخص واحد . قوله (وبخلاف ما إذا وقع السكين على الأصبع) جواب عما يقال : إذا قطع أصبع

لأنه ليس فعلا مقصودا . قال (وإن قطع أصبعها فشلت إلى جنبها أخرى فلا قصاص في شيء من ذلك) عند أبي حنيفة . وقالاهما وزفر والحسن : يقتص من الأولى وفي الثانية أرشها . والوجه من الجانبين قد ذكرناه . وروى ابن سماعه عن محمد في المسئلة الأولى وهو ما إذا شج موضع فذهب بصره أنه يجب القصاص فيهما لأن الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر يجرى فيه القصاص ، بخلاف الخلافة الأخيرة لأن الشلل لا قصاص فيه ، فصار الأصل عند محمد على هذه الرواية أن سراية ما يجب فيه القصاص إلى ما يمكن فيه القصاص يوجب الاقتصاص كما لو آلت إلى النفس وقد وقع الأول ظلما . ووجه المشهور أن ذهاب البصر بطريق التسبيب ؛ ألا يرى أن الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبيب ، بخلاف السراية إلى النفس لأنه لا تبقى الأولى فانقلبت الثانية مباشرة . قال (ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص) إلا على رواية ابن سماعه (ولو أوضحه موضعين فتأكلتا فهو على الروايتين هاتين) قال (ولو قلع سن رجل فنبئت مكانها أخرى سقط الأرض في قول أبي حنيفة ، وقال : عليه الأرض كاملا) لأن الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى . وله أن الجناية انعدمت معنى فصار كما إذا قلع سن صبي فنبئت لا يجب الأرض بالإجماع لأنه لم يفت عليه منفعة ولا زينة (وعن أبي يوسف أنه تجب حكومة عدل) لمكان الألم الحاصل (ولو قلع سن غيره فرد ها صاحبها في مكانها ونبت عليه اللحم فعلى القالع الأرض بكماله) لأن هذا مما لا يعتد به إذ العروق لا تعود (وكذا إذا قطع أذنه فألصقها فالتحمت) لأنها لا تعود إلى ما كانت عليه (ومن نزع سن رجل فانتزع المزوعة سنه سن النازع فنبئت سن الأول فعلى الأول لصاحبه خمسمائة درهم) لأنه تبين أنه استوفى بغير حق

فما قبل من قوله وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الكل ، كما إذا قطع أصبع رجل فشلت يده فإن مقتضى ما أسلفه أن يجب في الكل الدية ويدخل الجزء في الكل على خلاف ما ذكره هاهنا ، اللهم إلا أن يكون بناء اختلاف ما ذكره في المقامين

رجل عمدا فاضطرب السكين ووقع على أصبع أخرى فقطعها يقتص للأولى دون الثانية ، فما بال مسئلتنا لم تكن كذلك ؟ ووجهه أن القطع الثاني إنما لم يورث الشبهة في القصاص لأنه فعل مقصود ، وأما ذهاب العين بالسراية فليس بفعل مقصود . فقوله (لأنه ليس فعلا مقصودا) الضمير فيه عائد إلى ذهاب العين بالسراية ، وبهذا التوجيه يتدفع ما قال في النهاية إن في قوله لأنه ليس فعلا مقصودا نظرا ، وأن الصواب ما ذكره في الدخيرة أنه مقصود ولكن ليس من أثره ، فإنه رجح الضمير إلى الفعل الثاني فاختلف الكلام وقد ذكر المصنف فرقين بناء على ما ذكر من الدليلين : الأول بالنسبة إلى الأول ، والثاني إلى الثاني (وقال : وزفر) تركيب غير جائز ، ولو قال : وقالاهما وزفر كان صوابا . وقوله (والوجه من الجانبين قد ذكرناه آنفا) يريد قوله ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه الخ . وقوله (أنه يجب القصاص فيهما) أي في الشجة وذهاب البصر ، فرق محمد على هذه الرواية بين ذهاب البصر من الشجة وبين ذهاب السمع منها فأوجب القصاص فيهما في الأول دون الثاني ، لأنه لو ذهب سمعه بفعل مقصود بأن ضرب على رأسه حتى ذهب سمعه لا يجب القصاص لتعذر اعتبار المساواة ، بخلاف البصر فإن ذهابه إن كان بفعل مقصود يجب القصاص فكذلك بسراية الموضحة . وقوله (بخلاف الخلافة الأخيرة) يعني قوله وإن قطع أصبعها فشلت إلى جنبها أخرى . وقوله (ألا يرى أن الشجة بقيت موجبة في نفسها) حتى وجب أرشها مع دية العينين عند أبي حنيفة والقصاص في الموضحة والأرض في العينين عندهما . وقوله (فتأكلتا) أي صارتا واحدة بالأكل (فهو على الروايتين) أي الرواية المشهورة ورواية ابن سماعه (عن محمد) يعني لا قصاص على المشهور ، وفيهما القصاص على رواية ابن سماعه (وعن أبي يوسف أنه إذا قلع سن بالغ فنبئت مكانها أخرى يجب حكومة عدل) لمكان الألم الحاصل يقوم به هذا الألم ويقوم به هذا الألم ، فيجب ما انتقص منه بسبب الألم من القيمة . وقوله (فنبئت سن الأول) يعني بغير اعوجاج ، وإن نبت معوجا تجب حكومة عدل .

لأن الموجب فساد المثبت ولم يفسد حيث نبت مكانها أخرى فاعدمت الجناية ، ولهذا يستأنى حولا بالإجماع ، وكان ينبغي أن ينتظر اليأس في ذلك للقصاص ، إلا أن في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لأنه تنبت فيه ظاهرا ، فإذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص ، وإذا نبت تبين أننا أخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق ، إلا أنه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال . قال (ولو ضرب إنسان سن إنسان فتحركت يستأنى حولا) ليظهر أثر فعله (فلو أجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيما سقط بضربه فالقول للمضروب) ليكون التأجيل مفيدا ، وهذا بخلاف ما إذا شجعه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لأن الموضحة لا تورث المنقلة . أما التحريك فيؤثر في السقوط فافترقا

على اختلاف الروايتين في المسئلة ، ومما يعضده كلام تاج الشريعة هنا حيث قال : وذكر الصدر الشهيد في الجامع على نحو ما ذكر هنا ، وذكر فخر الإسلام البردوي في مبسوطه : أجمعوا على أنه لو قطع مفصلا من أصبع فشل الباقي فإنه يجب في الكل الأرض ويجعل كله جناية واحدة انتهى تدبر (قوله ولهذا يستأنى حولا بالإجماع) أي يؤجل سنة بالإجماع . وذكر في التتمة أن سن البالغ إذا سقط ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح ، لأن نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل ، إلا أن قبل البرء لا يقتصر ولا يؤخذ الأرض لأنه لا يدري عاقبته انتهى . قال صاحب العناية بعد نقل ذلك إجمالا : وليس بظاهر ، وإنما الظاهر ما قال المصنف ، لأن الحول مشتمل على الفصول الأربعة ولها تأثير فيما يتعلق بيدن الإنسان ، فلعل فصلا منها يوافق مزاج الحنفي عليه فيؤثر في إنباته . وقال ولكن قوله بالإجماع فيه نظر ، لأنه قال في الذخيرة : وبعض مشايخنا قالوا : الاستيناء حولا في فصل القلع في البالغ والصغير جميعا لقوله عليه الصلاة والسلام « في الجراحات كلها يستأنى حولا » وهو كما ترى ينافي الإجماع انتهى . أقول : نظره ساقط ، لأن الذي ينافي الإجماع مما نقله عن الذخيرة إنما هو مفهوم قوله وبعض مشايخنا قالوا : أي مفهوم المخالفة ، لكن مفهوم ذلك إنما هو عدم إجماع المشايخ لاعدم إجماع المجتهدين . ومراد المصنف بالإجماع في قوله ولهذا يستأنى حولا بالإجماع إنما هو إجماع المجتهدين دون إجماع المشايخ ، وانتفاء أحد الإجماعين لا يستلزم انتفاء الآخر ، ألا يرى أن المشايخ كثيرا ما يختلفون في رواية المسئلة عن المجتهدين ، فبعضهم يروى اجتماع المجتهدين فيها وبعضهم يروى اختلافهم فيها ، وما نحن فيه يشبه أن يكون من هذا القبيل ، كما يشعر به ما ذكر في غاية البيان ، فإنه قال فيها : ونقل الناطقي في الأجناس عن نوادر أبي يوسف رواية ابن سعادة قال أبو يوسف : رجل قلع سن رجل لا أنتظر بها حولا ، وإنما أنتظر بسن الصبي وأقصى عليه بأرشها ، وذلك لأن نبات السن بعد البلوغ نادر ، وإلى هذه الرواية مال بعض أصحابنا مثل خواهر زاده وغيره . وقال الناطقي أيضا . قال في المجرى : لو نزع سن صبي ينبغي للقاضي أن يأخذ ضميمنا من النازع للمزوع سنه ويؤجله سنة منذ يوم

(قوله ولهذا يستأنى حولا) أي يؤجل سنة (بالإجماع) وقال في التتمة : حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح ، لأن نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل قبله وليس بظاهر ، وإنما الظاهر ما قال المصنف لأن الحول مشتمل على الفصول الأربعة ، ولها تأثير فيما يتعلق بيدن الإنسان ، فلعل فصلا منها يوافق مزاج الحنفي عليه فيؤثر في إنباته ، ولكن قوله بالإجماع فيه نظر ، لأنه قال في الذخيرة : وبعض مشايخنا قالوا : الاستيناء حولا في فصل القلع في البالغ والصغير جميعا لقوله صلى الله عليه وسلم في الجراحات كلها « يستأنى حولا » وهو كما ترى ينافي الإجماع . وقوله (فاختلفا قبل السنة) أي قال المضروب إنما سقط سني بضربك وقال الضارب بسبب آخر . وقوله (ليكون التأجيل مفيدا) يعني أن التأجيل إنما كان ليظهر عاقبة الأمر ، فلو لم يقبل قوله كان

(قوله وبعض مشايخنا قالوا : الاستيناء حولا في فصل القلع في البالغ) أقول : يعني بعض المشايخ قالوا : الاستيناء حولا إنما هو في الصغير ، وأما في البالغ فلا يستأنى (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام في الجراحات كلها « يستأنى حولا ») أقول : أعلم أن في سن الصبي يستأنى حولا بالاتفاق ، وفي سن البالغ خلاف أبي يوسف ، والتفصيل في غاية البيان ، ثم لا يخفى عليك أن ما ذكره الشارح لا يدل على نفي الإجماع

(وإن اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب) لأنه ينكر أثر فعله وقد مضى الأجل الذي وقته القاضي لظهور الأثر فكان القول للمنكر (ولو لم تسقط لاشيء على الضارب) وعن أبي يوسف أنه تجب حكومة الألم . وسنين الوجهين بعد هذا إن شاء الله تعالى (ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الأرض في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله ، ولا يجب القصاص) لأنه لا يمكنه أن يضربه ضربا يسود منه (وكذا إذا كسر بعضه واسود الباقي) لا قصاص لما ذكرنا (وكذا لو احمر أو اخضر) ولو اصفر فيه روايتان . قال (ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقط الأرض) عند أبي حنيفة لزوال الشين الموجب . وقال أبو يوسف : يجب عليه أرش الألم وهو حكومة عدل ، لأن الشين إن زال فالألم الحاصل ما زال فيجب تقويمه . وقال محمد : عليه أجرة الطبيب ، لأنه إنما لزمه الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كأنه أخذ ذلك من ماله ، إلا أن أبا حنيفة يقول : إن المنافع على أصلنا لا تتقوم إلا بعقد أو بشبهة ، ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيئا .

نزع سنه ، فإذا مضت سنة ولم تثبت اقتصر له . وعلى هذه الرواية لم يفرق كثير من مشايخنا بين سن البالغ والصغير بل قالوا بالاستيناء فيهما جميعا . وإليه ذهب القدوري والسرخسي وغيرهما ، إلى هنا لفظ الغاية . والظاهر أن المصنف أيضا ذهب إليه فقال : ولهذا يستأنى حولا بالإجماع من غير فرق بين الصبي والبالغ ، وادعى الإجماع أخذا بما ذكر في المجرد بدون رواية خلاف أحد من المجتهدين . والعجب من صاحب العناية أنه جعل ماذكر في الذخيرة منافيا للإجماع ولم يجعل ماذكر في التتمة منافيا له حيث لم يورد النظر به مع كون منافاته إياه أظهر على تقدير حمل الإجماع على إجماع المشايخ كما هو مدار نظره المذكور . وعن هذا قال صاحب النهاية وصاحب الكفاية ومعراج الدراية : قوله ولهذا يستأنى حولا بالإجماع يخالف رواية التتمة (قوله ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الأرض في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله) قال في الذخيرة والمحيط : أوجب محمد كمال

التأجيل وعدمه سواء . وقوله (وإن اختلفا في ذلك) أي في سقوط السن بعد السنة . وقوله (وسنين الوجهين) أي وجه قوله لاشيء على الضارب ووجه حكومة الألم . وقوله (يجب الأرض كاملا) وقوله (لما ذكرنا) يعني قوله لا يمكنه أن يضربه ضربا يسود منه ، ولم يفصل بين ما إذا كانت السن من الأضراس التي لا ترى أو من الأسنان التي ترى . وقالوا : يجب أن يكون الجواب على التفصيل ، فإن كانت من الأضراس فالمعتبر في وجوب كمال الأرض فقد منفعة المضغ بالأسوداد دون الجمال لأنه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل ، وإن كانت مما يرى فالأمر بالعكس ، ولم يذكر الاصفرار وهو كالأسوداد عند بعض المشايخ يجب كمال الأرض وعند آخرين حكومة عدل لأنه لم يفوت جنس منفعة السن ولا فوت الجمال على الكمال لأن الصفرة قد تكون لون الأسنان في بعض الإنسان ، وإنما يكون فيه نوع نقص فتجب الحكومة ، بخلاف الحمرة والخضرة والسواد لأنها لا تكون لون الإنسان بحال فكان مفوتا للجمال على الكمال إذا كانت بادية . قال (ومن شج رجلا فالتحمت) كلامه ظاهر ، وتعليل أبي حنيفة وأبي يوسف هو الموعود قبيل هذا بقوله وسنين الوجهين بعد هذا . وقوله (إلا أن أبا حنيفة يقول : إن المنافع الخ) جواب عن قول أبي يوسف فالألم الحاصل ما زال ، وعن قول محمد إنما لزمه أجر الطبيب ووجهه أن تحمل الألم من المنافع ومعالجة الطبيب كذلك ، والمنافع على أصلنا لا تتقوم إلا بعقد كالإجارة الصحيحة والمضاربة الصحيحة ، أو بشبهة كالإجارة

في سن البالغ إلا بتكلف (قال المصنف : وإن اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب لأنه ينكر أثر فعله الخ) أقول : هذا لا يدل على كون القول للضارب إذا كان السقوط قبل السنة والاختلاف بعدها ، ويثبت ذلك بالبيئة أو بالنكول (قوله دون الجمال لأنه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل) أقول : ضمير ففيه راجع إلى الجمال (قوله وإن كانت مما ترى فالأمر بالعكس) أقول : يخالف لما ذكره قبيل فصل الشجاج من أن الجمال تابع في العضد الذي يقصد منه المنفعة (قال المصنف : وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : عليه أرش الألم) أقول : يدل على أن ذلك ظاهر الرواية عنه . ويقول فيما سبق في موضعين : وعن أبي يوسف يدل على أنه غير ظاهر الرواية (قوله ووجهه أن تحمل الألم من المنافع) أقول : فيه تأمل (قال المصنف : وقال محمد : وعليه أجرة الطبيب) أقول : وعليه ثمن الأدوية لكنه غلب الأول على الثاني لاطراده دونه .

قال (ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه أرش الضرب) معناه : إذا بقي أثر الضرب . فأما إذا لم يبق أثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجرة الملتحمة . قال (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله خطأ قبل البرء فعليه الدية وسقط عنه أرش اليد) لأن الجنابة من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وإنها بدل النفس بجميع أجزائها فدخل الطرف في النفس كأنه قتله ابتداء . قال (ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ) وقال الشافعي رحمه الله يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس . وهذا لأن الموجب قد قد تحقق فلا يعطل . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « يستأنى في الجراحات سنة » ولأن الجراحات يعتبر فيها مآلها لاحالها لأن حكمها في الحال غير معلوم فاعلمها تسرى إلى النفس فيظهر أنه قتل وإنما يستقر الأمر بالبرء . قال (وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل . وكل أرش وجب بالصلح فهو في مال القاتل) لقوله عليه الصلاة والسلام « لاتعقل العواقل عمدا » الحديث . وهذا عمد .

الأرض باسوداد السن ، ولم يفصل بين أن يكون السن من الأضراس التي لاترى أو من العوارض التي ترى . قالوا : يجب أن يكون الجواب فيها على التفصيل إن كان السن من الأضراس التي لاترى ، إن فاتت منفعة المضغ بالاسوداد يجب الأرش كاملا ، وإلا يجب حكومة العدل ، وإن كان السن من العوارض التي ترى وتظهر يجب كمال الأرش بالاسوداد ، وإن لم تفت منفعته لأنه قوت جمالا على الكمال انتهى . وهذا ذكره الشراح هنا وعزاه أكثرهم إلى الذخيرة فقط ، وأورد بعض الفضلاء على جواب الشق الثاني من التفصيل أنه مخالف لما ذكره قبيل فصل الشجاج من أن الجحمال تابع في العضو الذي يقصد منه المنفعة انتهى . أقول : يمكن أن يجاب عنه بأن المنفعة في الأسنان التي ترى ليست بمقصودة منها بالذات وإن حصلت فيها أيضا في الجملة ، وإنما المقصود منها بالذات الجحمال والزينة للإنسان ، وما ذكروا قبيل فصل الشجاج من كون الجحمال تابعا إنما هو في الأعضاء التي يقصد منها المنفعة أصالة كاليد ونحوها فلا مخالفة (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام « لاتعقل العواقل عمدا » الحديث) قال صاحب الغاية : فيه نظر ، لأنه من كلام ابن عباس والشعبي وقد مر آتفا انتهى . أقول : هذا النظر في غاية السقوط . أما أولا فلأن هذا الحديث كما روى موقوفا عن ابن عباس والشعبي ، روى أيضا مرفوعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما نص عليه هنا صاحب الكافي حيث قال : والأصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوفا عليه ومرفوعا إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام « لاتعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون أرش الموضحة » انتهى . وكذا نص عليه المصنف في كتاب المعاقل بهذا المنوال ، فكان من كلام النبي صلى الله عليه وسلم على ما روى مرفوعا إليه بلا ريب ، وهذا يكفي في صحة عبارة المصنف هنا كما لا يخفى . وأما ثانيا فلأنه على ما روى موقوفا أيضا يجعل على الرواية عن النبي عليه الصلاة والسلام لأنه مما لا يعلم بالراى بل يتوقف على السماع ، ومثل هذا يجعل على السماع صيانة للصحابي عن الكذب والخلاف ويصير الموقوف فيه كالمرفوع على ما تقر في علم الأصول ومرة في الكتاب مرارا ، فصح قول المصنف في حق هذا الحديث لقوله عليه الصلاة والسلام

الفاصلة والمضاربة الفاسدة ، ولم يوجد شيء من ذلك في حق الجاني فلا يفرم شيئا . وقوله (ومن ضرب رجلا الخ) يعني إذا ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها وبقي أثر الضرب فعليه أرشه ، وإن لم يجرحه فلا شيء عليه بالاتفاق ، وإن لم يبق أثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجرة الملتحمة وهو سقوط الأرش عند أبي حنيفة ، ووجب أرش الألم عند أبي يوسف ووجب أجره الطيب عند محمد . وقوله (لأن الجنابة من جنس واحد) لكون كل واحد منهما خطأ ، وقد تقدم أقسام هذه المسئلة . وقوله (ومن جرح رجلا جراحة) واضح .

(قوله وقد تقدم أقسام هذه المسئلة) أقول : في أول فصل : ومن قطع يد رجل خطأ .

غير أن الأول يجب في ثلاث سنين لأنه مال وجب بالقتل ابتداء فأشبهه شبه العمد . والثاني يجب حالاً لأنه مال وجب بالعقد فأشبهه الثمن في البيع . قال (وإن قتل الأب ابنه عمداً فالدية في ماله في ثلاث سنين) وقال الشافعي رحمه الله : تجب حالة لأن الأصل أن ما يجب بالإتلاف يجب حالاً ، والتأجيل للتخفيف في الخاطئ وهذا عامد فلا يستحقه ، ولأن المال وجب جبراً لحقه ، وحقه في نفسه حالاً فلا ينجر بالمؤجل . ولنا أنه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلاً كدية الخطأ وشبه العمد ، وهذا لأن القياس يأبى تقوّم الآدمي بالمال لعدم التماثل ، والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلاً لا معجلاً فلا يعدل عنه لاسيما إلى زيادة ، ولما لم يجز التغليب باعتبار العمدية قدر لا يجوز وصفاً (وكل جناية اعترف بها الخاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلة) لما روينا ، ولأن الإقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة . قال (وعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة ،

على كل حال . والعجب من صاحب الغاية أنه قال : وقد مر آتفاً ، والذي مر منه آتفاً بضير جواباً عن نظره هذا فإنه قال هناك : روى محمد بن الحسن في موطنه وقال : أخبرنا عبد الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس رضي الله عنهما قال « لاتعقل العاقلة عمداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما جنى المملوك » وهذا لا يعلم إلا من طريق التوقيف ، فحمل على أنه رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم لصيانتها عن الكذب والجفاف ، إلى هنا لفظه . وهذا صريح في الجواب عن نظره هاهنا كما لا يخفى (قوله غير أن الأول يجب في ثلاث سنين لأنه مال وجب بالقتل ابتداء فأشبهه شبه العمد) أقول : إن قيد ابتداء في قوله وجب بالقتل ابتداء مستدرك بل مفسد ، لأن المصنف قال في أوائل كتاب الجنايات أثناء بيان أن من موجبات شبه العمد الدية المغالطة على العاقلة : والأصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة ، فلو كان الأول هاهنا مالا وجب بالقتل ابتداء لوجب على العاقلة على مقتضى الأصل المذكور هناك مع أنه يجب على القاتل في ماله كما صرح به آتفاً . فالوجه أن يترك قيد ابتداء هاهنا فيقال لأنه مال وجب بالقتل احترازاً به عما وجب بالعمد كما في القسم الثاني فإنه يجب حالاً ، ولقد أصاب فيما بعد حيث قال : ولنا أنه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلاً كدية الخطأ وشبه العمد (قوله وإذا قتل الأب ابنه عمداً فالدية في ماله في ثلاث سنين) قال صاحب العناية : كأن حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي انتهى . أقول : اعتذاره هذا ليس بسديد . أما أولاً فلأن ذكر حكم هذه المسئلة بعد ذكر تلك الضابطة الكلية قد وقع في مختصر القدرى . والبداية أيضاً بدون بيان خلاف الشافعي أصلاً ، فكيف يصلح بيان المصنف في شرحه خلاف الشافعي لأن يكون عذراً من ذكره حكم هذه المسئلة في متنه قبل مدة ومن ذكر القدرى إياه

وقوله (لأنه مال وجب بالقتل ابتداء) يعني لا بعقد يحدث بعد . القتل كالصلح ، وقوله (وإذا قتل الأب ابنه عمداً) كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي . وقوله (لاسيما إلى زيادة) يعني المعجل فإنه زائد على المؤجل من حيث الوصف في المالية وهو معروف ، فيجانب المال خلا بالقتل يكون زيادة على ما أوجبه الشرع ، ولما لم يجز التغليب باعتبار العمدية قدر لا يجوز وصفاً لأنه تابع للقدر ، وقوله (لما روينا) يعني قوله صلى الله عليه وسلم « لاتعقل العاقلة عمداً ولا اعترافاً »

(قال المصنف : لقواء عليه الصلاة والسلام « لاتعقل المواقف عمداً » الحديث) أقول : وفي الكفاية : ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما دون أرض الموضحة . قوله ولا عبداً : أي لا تمقل عاقلة الإنسان ما جنى على عبد فيما دون النفس ، لأن الأطراف في العبد يسلك بها مملك الأموال ، والعاقلة لاتعقل الجنايات المالية ، حتى لو قتل عبد إنسان خطأ فالقيمة على العاقلة لأنها بدل الدم ، ودم العبد لا يسلك به مملك الأموال . وقد قيل : إن المراد أن العبد إذا جنى جناية فالمرء هو الذي يلزمه الدفع أو الفداء دون عاقلة المولى ، كذا في الأوضح انتهى ، ورد في القاموس ذلك وقال : لو أريد هذا المعنى لقليل : وعن عبد فإنه فرق بين عقلته وعقلت عنه انتهى . وسيجيء جوابه على التفصيل (قوله كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية ، لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي) أقول : وجوبه في ثلاث سنين لم يعلم منها (قوله فإنه زائد على المؤجل من حيث الوصف في المالية) أقول : قوله في المالية متعلق بقوله زائد .

وكذلك كل جنابة موجبة خمسمائة فصاعدا والمتوه كالمجنون (وقال الشافعي رحمه الله : عمدته عمد حتى تجب الدية في ماله حالة لأنه عمد حقيقة ، إذ العمد هو القصد غير أنه تخلف عنه أحد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله ، ولهذا تجب الكفارة به ، ويحرم عن الميراث على أصله لأنهما يتعلقان بالقتل . ولنا ما روى عن علي رضي الله عنه أنه جعل عقل المجنون على عاقلته ، وقال : عمدته وخطوئه سواء . ولأن الصبي مظنة الرحمة ، والعاقل الخاطي لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو أعذر أولى بهذا التخفيف . ولا نسلم تحقق العمدية فإنها ترتب على العلم والعلم بالعقل . والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فأني يتحقق منهما القصد وصار كالتائم . وحرمان الميراث عقوبة ، وهما ليسا من أهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة : ولا ذنب تستره لأنهما مرفوعا القلم .

(فصل في الجنين)

قال (وإذا ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا ففيه غرة وهي نصف عشر الدية) قال رضي الله عنه :

في مختصره قبل سنين متكاثرة ، وهل يتفوه العاقل بمثل ذلك الاعتذار . وأما ثانيا فلأن خلاف الشافعي ليس بمنحصر في حكم هذه المسئلة المنفردة بالذكر ، بل خلافه متحقق في حكم تلك الضابطة الكلية على الإطلاق ، فإنه لا يقول بالتأجيل في العمد أصلا بل يخصصه بالخطأ كما يفصح عنه تعليله المذكور في الكتاب ، وتلك الضابطة الكلية إنما هي في العمد ، وحكمها التأجيل مطلقا كما صرح به المصنف بقوله غير أن الأول يجب في ثلاث سنين ، فقصد بيان خلاف الشافعي لا يقتضي إفراد حكم هاتيك المسئلة بالذكر بعد ذكر تلك الضابطة الكلية فلا تمثية للاعتذار المذكور أصلا .

(فصل الجنانية في الجنين)

لما ذكر أحكام الجنابة المتعلقة بالآدمي من كل وجه شرع في بيان أحكامها المتعلقة بالآدمي من وجه دون وجه وهو الجنين . بيان ذلك ما ذكره شمس الأئمة السرخسي في أصوله أن الجنين مادام مجتئا في البطن ليس له ذمة صالحة لكونه في حكم جزء من الآدمي لكنه منفرد بالحياة معد لأن يكون نفسا له ذمة ، فباعتبار هذا الوجه يكون أهلا لوجوب الحق له من عتق أو إرث أو نسب أو وصية ، وباعتبار الوجه الأول لا يكون أهلا لوجوب الحق عليه ، فأما بعد ما يولد فله ذمة صالحة ، ولهذا لو انقلب

وقوله (عمدته) أي عمد كل واحد منهم . وقوله (ولهذا تجب الكفارة به) أي بالمال ، وإنما قيد به لأنهم أجمعوا على أن التكفير بالصوم لا يجب عليهما . وقوله (ويحرم عن الميراث على أصله) أي ثبت هذان الحكمان وهما وجوب الكفارة وحرمان الميراث على أصل الشافعي (لأنهما يتعلقان بالقتل) فعلم بهذا أنهما مطالبان بموجب القتل ، فكذلك هاهنا لما تخلف عنهما أحد حكمي القتل وهو القصاص ينسحب عليه الحكم الآخر وهو وجوب الدية في ماله إذ الأصل ذلك .

(فصل في الجنين)

عقب أحكام الأجزاء الحقيقية أحكام الأجزاء الحكمي وهو الجنين لكونه في حكم الجزء من الأم (وإذا ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا ففيه غرة نصف عشر الدية) غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب ، وسمى بدل الجنين غرة لأن

(فصل في الجنين)

(قوله غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب) أقول : والبعد والأمة الفارعة

معناه دية الرجل : وهذا في الذكر ، وفي الأنثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم . والقياس أن لا يجب شيء لأنه لم يتيقن بجياته ، والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق . وجه الاستحسان . ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام قال « في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة » ويروى « أو خمسمائة » فركنا القياس بالأثر ، وهو

على مال إنسان فأتلفه يكون ضامنا له ويلزمه مهر امرأته بعقد الولي (قوله وهذا في الذكر وفي الأنثى عشر دية المرأة ، وكل منهما خمسمائة درهم) أقول : في هذا التفصيل الذي ذكره بقوله وهذا في الذكر وفي الأنثى عشر دية المرأة استدراك بعد أن قال قبله معناه دية الرجل ، لأن عشر دية المرأة هو نصف عشر دية الرجل في المقدار بلا ريب ، إذ قد تقرر فيما مر أن دية المرأة نصف دية الرجل فعشر ديتها نصف عشر ديته لامحالة ، وقد نص عليه هنا بقوله وكل منهما خمسمائة درهم ، فافائدة هذا التفصيل الفارق بين الذكر والأنثى في مجرد العبارة ، وإنما كان يظهر فائدته أن لو لم يفسر نصف عشر الدية الواقع في كلام القنودري بقوله معناه دية الرجل فإنه كان يحتمل حينئذ نصف ، عشر دية الرجل ونصف عشر دية المرأة فيفيد التفصيل المذكور ، وعن هذا فصل صاحب الكافي كما فصله المصنف ، ولم يتعرض قبله لتقييد عشر الدية بعشر دية الرجل (قوله والقياس أن لا يجب شيء لأنه لم يتيقن بجياته) قال في العناية وكثير من الشروح تنميا لما في الكتاب ، وفعل القتل لا يتصور إلا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك انتهى . أقول : يرد على هذا البيان أنه إنما يتم أن لو ثبت كون الغرة جزءا فعل القتل وهو ممنوع بلواز أن يكون جزءا إتلاف عضو من الآدمي صالح للحياة كما يجب في إتلاف سائر أعضائه شيء من الدية على ما مر تفصيله . والأظهر في البيان هنا ما ذكر في غاية البيان ثانيا بقوله ولأن الجنين في حكم الأعضاء بدلالة أنه لا يكمل أرشه والأعضاء لو انفصلت بعد الموت لا تنفصل انتهى تدبر (قوله والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل : فإن قيل : الظاهر أنه حي أو معد للحياة . قلنا : الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ، ولهذا لا يجب في جنين البهيمة إلا نقصان الأم إن تمكن اه . ورد بعض الفضلاء قوله أو معد للحياة في تقرير السؤال حيث قال : كونه معدا للحياة متيقن ليس من قبيل الظاهر انتهى . أقول : ليس بسليد ، فإن تيقن كونه معدا للحياة ممنوع بلواز أن يفسد الماء في الرحم فحينئذ ينتفي استعداد الحياة ، ولقد أشار إليه في النهاية حيث قال نقلا عن المبسوط : ثم الماء في الرحم ما لم يفسد فهو معد للحياة فيجعل كالحي في إيجاب ذلك

الواجب عبد والعبد يسمى غرة . وقيل لأن غرة الشيء أوله وغرة الجنين أول مقدار ظهر في باب الدية . قال المصنف (معناه) أي معنى قوله نصف عشر الدية (دية الرجل) ، وهذا في الذكر وفي الأنثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم لأن نصف العشر من عشرة آلاف هو العشر من خمسة آلاف : والقياس ، وهو قول زفر أن لا يجب شيء لأنه لم تعلم حياته بيقين ، وفعل القتل لا يتصور إلا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك . فإن قيل : الظاهر أنه حي أو معد للحياة . قلنا : الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة إلا نقصان البهيمة إن تمكن (وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة » ويروى « أو خمسمائة » فركنا القياس بالأثر) روى الإمام المحبوبي أن زفر سئل عن هذه المسئلة

(قوله وقيل لأن غرة الشيء أوله) أقول : أول الشيء الذي يجب في الآدمي الغرة وبعدها الدية ، لأنه قيل لإيجاب الغرة لحم ودم فلا يجب شيء (قال المصنف : قال معناه : دية الرجل : أي معنى قوله نصف عشر الدية دية الرجل وهذا في الذكر ، وفي الأنثى عشر دية المرأة) أقول : فيه بحث ، فإن نصف عشر دية الرجل يشمل الذكر والأنثى . نعم يفرق بينهما في جنين الأمة كما لا يخفى ، ويعلم جوابه من شرح الكنز للعلامة الزيلعي حيث قال : ولهذا وجب في جنين الحرة عشر ديتها بالإجماع وهو الغرة . وجوابه أنا لانسلم أن الغرة مقدرة بدية الأم بل بدية نفس الجنين أن لو كان حيا فيجب نصف عشر ديته إن كان ذكرا ، وعشر ديته إن كان أنثى ، فكذا في جنين الأمة يجب بتلك النسبة من قيمته ، لأن كل ما كان هدرا من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد ، فيجب نصف عشر قيمته إن كان ذكرا ، وعشر قيمته إن كان أنثى انتهى (قوله إلا في محل هو حي) أقول : أي هو حي يقينا (قوله قلنا : الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق الخ) أقول : كونه معدا للحياة متيقن ليس من قبيل الظاهر ، والظاهر منع وجوب الضمان باعتبار الأعداد كما في العلقه ، وإذا لم تعتبر الأعداد في قصة زفر ، ومرادنا ضمان القتل والوجوب على المحرم في كسر بيض الصيد عرف بالأثر على خلاف القياس .

حجة على من قدرها بمائة نحو مالك والشافعي (رضى على العاقلة) عندنا إذا كانت خمسمائة درهم .

الضمان بإتلافه كما يجعل بيض الصيد في حق المحرم كالصيد في إيجاب الجزاء عليه بكسره انتهى تبصر (قوله وهى على العاقلة عندنا إذا كانت خمسمائة درهم) أعلم أن الناظرين في هذا المقام تحيروا في توجيه هذا القيد : أعنى قوله إذا كانت خمسمائة درهم . فقال صاحب النهاية : قيد بهذا احترازاً عن جنين الأمة إذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة درهم كذا وجدت بخط شيخى . لكن هذا لا يتضح لى لأن ما وجب في جنين الأمة هو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة درهم على ما يجرى ، إلى هنا كلامه . وسائر الشراح أيضاً ذكروا التوجيه الذى نقله صاحب النهاية عن خط شيخه . وردّوه بما رده به صاحب النهاية . وقال صاحب الغاية : وقوله إذا كانت خمسمائة كأنه سهو القلم وينبغى أن يكون إذ يسكون الذال بلا ألف بعدها : يعنى أنها إنما تجب على العاقلة لأنها مقدرة بخمسمائة درهم ، والعاقلة تعقل خمسمائة ولا تعقل مادونها انتهى . وقد نقل صاحب العناية هذا التوجيه ولم يتعرض له بردّ بعد أن نقل التوجيه الأول مع رده حيث قال : قيل قيد به احترازاً عن جنين الأمة إذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة . وردّ بأن ما يجب في جنين الأمة هو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة على ما يجرى . وقيل لعله وقع سهواً من الكاتب وكان في الأصل إذ كان خمسمائة تعليلاً لكونها على العاقلة انتهى . فكانه ارتضى التوجيه الثانى . أقول : التوجيه الثانى أيضاً مردود عندى ، إذ لا معنى لتعليل كونها على العاقلة بكونها خمسمائة درهم ، فإنه ينتقض بما يجب في جنين الأمة إذا بلغ خمسمائة درهم فإنه على الضارب كما دونه لاعلى العاقلة كما صرحوا به آنفاً حيث قالوا : إن ما وجب في جنين الأمة فهو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة مع جريان التعليل المذكور فيه عند بلوغه إلى خمسمائة درهم . وينتقض بكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة ووجب دية بالغة إلى خمسمائة درهم أيضاً فيما فوقها ، فإن مثل ذلك كله في مال القاتل كما مرّ في الفصل السابق مع جريان التعليل المذكور فيه أيضاً . ثم أقول : هنا توجيه آخر لم يذكره الشراح وهو :

فقال : فية غرة عبد أو أمة . فقال السائل : ولم والحال لا يخلو من أنه مات بضربة أو لم تنفخ فيه الروح ، فإن مات بضربة نجب دية كاملة وإن لم تنفخ فيه الروح لا يجب شيء ، فسكت زفر . فقال له السائل : أعتقتك سائبة ، فجاء زفر إلى أبى يوسف فسأله عنه فأجابه أبو يوسف بمثل ما أجاب زفر . فحاجه بمثل ما حاجه السائل فقال : التبعيد التعبد : أى ثابت بالسنة من غير أن يدرك بالعقل ، وهذا دليل على أن قول زفر هو وجه الاستحسان . وقال في الذخيرة : قوله وجه القياس كما ذكرنا آنفاً . ويحتمل أنه رجع من أحدهما إلى الآخر ، والحديث المروى دليل واضح على أن الدية مقدرة بعشرة آلاف درهم . قيل وإنما بين الشارع القيمة إشارة إلى أن الحيوان لا يثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً إلا من حيث اعتبار صفة المسالية . وقوله (إذا كان خمسمائة درهم) قيل قيد به احترازاً عن جنين الأمة إذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة . وردّ بأن ما يجب في جنين الأمة هو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة على ما سيجى . وقيل لعله وقع سهواً من الكاتب وكان في الأصل إذ كان خمسمائة تعليلاً لكونها على العاقلة .

(قوله فقال له السائل : أعتقتك سائبة) أقول : كانوا في الجاهلية إذا أعتقوا على أن لا يولوا للمعتق قالوا : أعتقتك سائبة ، أو هو من سيب الماء : أى جريه ، وسبب الدابة : إهمالها (قوله وهذا دليل على أن قول زفر هو وجه الاستحسان) . أقول : أى الوجه الثابت بالاستحسان (قوله وقال في الذخيرة : قوله وجه القياس) أقول : أى الوجه الثابت بالقياس (قوله قيل قيد به احترازاً عن جنين الأمة) أقول : ولعل الأول أن يقال : احتراز عنه ، فإن ما يجب فيه ليس مقدراً بخمسمائة ، ومعنى قوله إذا كانت خمسمائة إذا كانت مقدرة بها شرعاً (قوله إذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة) أقول : قوله لا تبلغ خمسمائة : يعنى بأن لا يكون من مولاه ولا من المغرور فتأمل (قوله من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة) أقول : المضاف مقدر : أى بعد البلوغ . ثم أقول : عدم بلوغ ما يجب في الجنين إلى خمسمائة من الأمور المقررة الظاهرة إذا لم تكن من المولى ولا من المغرور فلا حاجة إلى التقييد (قوله وكان في الأصل إذ كان خمسمائة) أقول : قوله إذ يسكون الذال بلا ألف (قوله لكونها على العاقلة) أقول : مقتضى هذا التعليل أن يجب ضمان جنين الأمة

وقال مالك: في ماله لأنه بدل الجزء. ولنا أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالغرة على العاقلة، ولأنه بدل النفس ولهذا سماه عليه الصلاة والسلام دية حيث قال «دوه» وقالوا: أندى من لا صاح ولا استهل الحديث، إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة (وتجب في سنة) وقال الشافعي رحمه الله: في ثلاث سنين لأنه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته. ولنا ما روى عن محمد بن الحسن رحمه الله أنه قال: «بلغنا أن رسول الله عليه الصلاة والسلام جعله على العاقلة في سنة»

أن يكون القيد المذكور للاحتراز عن جنين الأمة مطلقاً بأن يكون معناه إذا كانت خمسمائة درهم على البتات بتقدير الشرع ذلك القدر المعين، وهذا إما أن يكون في جنين الحرة، فإن الواجب في جنين الأمة نصف عشر قيمته لو كان حياً إن كان ذكراً، وعشر قيمته حياً إن كان أنثى من غير تعيين قدر معين من العدد فضلاً عن أن تبلغ خمسمائة فحينئذ يحصل المرام من غير كلفة كما ترى (قوله وقال مالك في ماله لأنه بدل الجزء) أقول: في تعليقه نظر، لأن مجرد كونه بدل الجزء لا يقتضي كونه في مال الجاني، بل لابد من أن يكون البدل أقل من خمسمائة درهم والبدل فيما نحن فيه تمام خمسمائة درهم، وقد مر قبيل هذا الفصل أن عبد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة، وكذا كل جنانية موجبة خمسمائة فصاعداً. ويمكن أن يقال: إن مذهب مالك أن لا يجب بدل الجزء على العاقلة فيما إذا كان أقل من ثلث الدية كما صرحوا به، وما نحن فيه كذلك، فيكون هذا التعليل من قبيل ذلك ولكنه من باب رد المختلف على المختلف تأمل توقف (قوله ولأنه بدل النفس ولهذا سماه عليه الصلاة والسلام دية حيث قال «دوه») أقول: في الاستدلال على أنه بدل النفس بتسمية النبي عليه الصلاة والسلام دية بحث، فإنه عليه الصلاة والسلام سمى كثيراً من بدل الأعضاء والأجزاء دية، ألا يرى إلى ما مر في فصل فيما دون النفس أن سعيد بن المسيب رضي الله عنه روى أن النبي عليه الصلاة والسلام قال «في النفس الدية، وفي اللسان الدية، وفي المارن الدية» وهكذا كتب لعمر بن حزم رضي الله عنه، وكتب له أيضاً «وفي العينين الدية: وفي إحداها نصف الدية» إلى غير ذلك، فليتأمل في الدفع (قوله إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة) قال صاحب الغاية: قول المصنف هذا يتعلق بقوله وهي على العاقلة عندنا إذا كانت خمسمائة، وكأنه يقول: إذا كانت الغرة أقل من خمسمائة درهم لا تعقله العاقلة. ولنا فيه نظر، لأن في جنين الأمة لا وجوب على العاقلة أصلاً لأن الواجب في جنين الأمة على الضارب مطلقاً انتهى. أقول: نظره ساقط لأن قول المصنف إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة إنما يدل على أنها تعقل خمسمائة فصاعداً بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بمعتبر عندنا ولئن سلمنا اعتباره عندنا أيضاً في الروايات ففهوم قوله المذكور أنها تعقل خمسمائة فصاعداً في الجملة لأنها تعقلها في كل مادة حتى يرد النقض بالواجب في جنين الأمة إذا بلغ خمسمائة حيث يكون على الضارب لا على العاقلة. وقال صاحب العناية: قول المصنف إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة جواب عما يقال: الحديث يدل على أن الدية على العاقلة قليلة كانت أو كثيرة. وأنتم قديم بقولكم إذا كانت

وقوله (في ماله) أي في مال الضارب (لأنه بدل الجزء) أي جزء الآدى فصار كقطع أصبع من أصابعه. وقوله (دوه) أي أدوا ديته، أمر مخاطب من الودي. وهذا الحديث حديث حمل بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحين قال «كنت بين جارين لي فضربت إحداهما بطن صاحبتها بعمود فسقط أو بسطح خيمة فألقت جنينا ميتا: فاختصم أولياؤها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم: فقال عليه الصلاة والسلام لأولياء الضاربة: دوه، فقال أخوها: أندى من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثله دمه يطل؟ فقال عليه الصلاة والسلام أصبع كسجع الكهان» وفي رواية «دعني وأراجيز العرب قوموا فدوه» الحديث، ففيه التنصيص على إيجاب الدية على العاقلة. وقوله (إلا أن العواقل) جواب عما يقال الحديث يدل

على العاقلة إذا بلغت قيمته دية الرجل، فالملخص ما ذكرنا من ملاحظة التقدير شرعاً (قال المصنف: حيث قال «دوه») أقول: يجوز أن يقول تعليلاً لقوله قضي الخ، أو لقوله سماه دية، والثاني أقرب، ويستفاد تعليل الأول منه أيضاً (قوله أو بسطح خيمة) أقول: أي عود من عيدان الخيام (قوله فقال أخوها: أندى من لا صاح ولا استهل) أقول: يعني أنودي دية من لم يصح ولم يستهل: يعني لم يرفع

ولأنه إن كان بدل النفس من حيث أنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالألم فعملنا بالشبه الأول في حق التوريث ، وبالثاني في حق التأجيل إلى سنة : لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب في سنة ، بخلاف أجزاء الدية لأن كل جزء منها على من وجب يجب في ثلاث سنين

خمسائة وقد علمت ما يرد عليه من النظر انتهى . أقول : الظاهر أن مراده بما يرد عليه من النظر ما ذكره فيما مر بقوله : ورد بأن ما يجب في جنين الأمة هو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسائة ، إلا أنك علمت سقوطه أيضاً بما بيناه في سقوط نظر صاحب غاية البيان آنفاً . ثم أقول : في تقرير مراد المصنف هنا خلل ، إذ لا يتم حينئذ السؤال ولا الجواب . أما الأول فلأن مدلول الحديث المذكور قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية جنين الحرة على العاقلة وديته تبلغ خمسائة درهم بالإجماع . فمن أين يدل الحديث على أن الدية لو كانت قليلة بحيث لم تبلغ خمسائة درهم تكون أيضاً على العاقلة حتى يتوجه أن يقال إنه يناق تقييدكم بقولكم إذا كانت خمسائة درهم . وأما الثاني فلأن الحديث المذكور لو دلّ على أن الدية سواء كانت أقل من خمسائة أو أكثر منها على العاقلة لما صلح مجرد قول المصنف إلا أن العوائل لا تتعقل ما دون خمسائة لأن يكون معمولاً به في مقابلة ذلك الحديث دون بيان نص يشهد بذلك حتى يصلح للجواب عما ذكره كما قرره (قوله ولأنه إن كان بدل النفس من حيث أنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالألم فعملنا بالشبه الأول في حق التوريث وبالثاني في حق التأجيل إلى سنة) أقول : لقائل أن يقول : لم لم يعكس الأمر : أي لم يعمل في حق التأجيل بالشبه الأول وفي حق التوريث بالشبه الثاني ، وما لم يبين وجه ذلك لا يتم المطلوب هاهنا . والأظهر في تقرير التعليل هاهنا ما ذكر في الكافي أخذاً من المبسوط حيث قال : ولأنه إذا كان بدل النفس من حيث أنه نفس مودعة في الأم حتى ينفصل عنها حية فالحناية عليه قبل الانفصال تعتبر بالحناية عليه بعد الانفصال فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالألم فلا يثبت من التأجيل إلا قدر المتيقن انتهى تدبر تفهيم (قوله لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب في سنة قال صاحب النهاية : هذا هو الصحيح من لفظ الكتاب ، وقوله أكثر بدون الواو بدل من أقل : أي إذا كان ذلك الأقل أكثر من نصف العشر ، وفي بعض النسخ أو أكثر ، وفي بعضها وأكثر ، وكلاهما غير صحيح لأنه لا يبيح بدلاً حينئذ ، انتهى كلامه وتبعه جماعة من الشراح . وقال صاحب العناية : قوله لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر هو الصحيح من النسخ . وفي بعضها أو أكثر ، وفي بعضها وأكثر قال الشارحون : وكلاهما غير صحيح ، لأن المراد أن يكون الأقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر ، وهو إنما يكون إذا كان الأكثر صفة لأقل أو بدلاً منه ، ولعل العطف بالواو يفيد ذلك إلى هنا لفظه . أقول : فيه شيء ، وهو أن بين قوله ولعل العطف بالواو يفيد ذلك أيضاً وبين قوله هو الصحيح من النسخ بقصر الصحة على الأول تدافعا لا يخفى ، اللهم إلا أن يكون مراده قصر الصحة على الأول من الرواية لامن حيث سداد المعنى فحينئذ يندفع التدافع . وقال صاحب الغاية : وقوله أكثر بدون الواو العاطفة في أوله على أن صفة لقوله أقل : أي إذا كان بدل العضو ثلث الدية أو كان أقل من ثلث الدية ،

على أن الدية على العاقلة قليلة كانت أو كثيرة وأنتم قيدتم بقولكم إذا كانت خمسائة درهم وقد علمت ما يرد عليه من النظر . وقوله (لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر) هو الصحيح من النسخ ، وفي بعضها أو أكثر ، وفي بعضها وأكثر . قال الشارحون : : وكلاهما غير صحيح ، لأن المراد أن يكون الأقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر ، وهو إنما يكون إذا كان الأكثر صفة لأقل أو بدلاً منه ، ولعل العطف بالواو يفيد ذلك أيضاً . وفي بعض الشروح أن تقييده بالأكثر ليس بمقيد ، لأنه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك . وقوله (بخلاف أجزاء الدية ، لأن كل جزء منها على من وجب يجب في ثلاث سنين) صورته أنه يشترك عشرون رجلاً في قتل رجل خطأ فإنه يجب على كل واحد منهم نصف عشر الدية

صوته عند الولاية (قوله وفي بعض الشروح أن تقييده بالأكثر ليس بمقيد الخ) أقول : يعنى غاية البيان ، وأجاب في الكفاية بأنه لما كان أكثر من نصف العشر موجلاً إلى سنة ، فأول أن يكون نصف العشر موجلاً بها (قوله صورته أن يشترك عشرون رجلاً في قتل رجل خطأ)

(ريسوى فيه الذكر والأنثى) لإطلاق ما روينا ، ولأن في الحين إنما ظهر التفارقت لتفاوت معانى الآدمية ولا تفاوت في الجنين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة (فإن ألقته حيا ثم مات ففيه دية كاملة) لأنه أتلف حيا بالضرب السابق (وإن ألقته ميتا ثم ماتت الأم فعليه دية بقتل الأم وغرة بإلقائها) وقد صح «أنه عليه الصلاة والسلام قضى في هذا بالدية والغرة» (وإن ماتت الأم من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الأم ودية في الجنين) لأنه قاتل شخصين (وإن ماتت ثم ألفت ميتا فعليه دية في الأم ولا شيء في الجنين) وقال الشافعى : تجب الغرة في الجنين لأن الظاهر موته بالضرب فصار كما إذا ألقته ميتا وهى حية . ولنا أن موت الأم أحد سببى موته لأنه يمتنع بموتها إذ تنفسه بنفسها فلا يجب الضمان بالشك . قال (وما يجب

وكان ذلك الأقل أكثر من نصف عشر الدية يجب في سنة واحدة ، ولكن لنا في التقييد بالأكثر نظر ، لأنه إذا لم يكن أكثر من نصف عشر الدية بل كان قدر نصف عشر الدية إلى ثلثها يجب في سنة انتهى . ونقل صاحب العناية مضمون نظره ولم يتعرض للجواب عنه حيث قال : وفي بعض الشروح أن تقييده بالأكثر ليس بمفيد ، لأنه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك انتهى فكأنه ارتضاه . وأشار صاحب الكفاية إلى الجواب عنه حيث قال بعد تصحيح النسخة الأولى : لكن التقريب إنما يتأتى أن لو كان نصف العشر واجبا في سنة ، لأن الغرة مقدرة بنصف العشر ، ولم يتعرض له لأنه لما كان أكثر من نصف العشر مؤجلا بسنة فأولى أن يكون نصف العشر مؤجلا أيضا بسنة بلواز أن يكون نصف العشر غير مؤجل أصلا كأقل من نصف العشر أو يكون مؤجلا بأقل من سنة وبذلك لا يتم التقريب كما لا يخفى (قوله ولنا أن موت الأم أحد سببى موته لأنه يمتنع بموتها إذ تنفسه بنفسها فلا يجب الضمان بالشك) اعترض عليه بأن الشك ثابت فيما إذا ألفت جنينا ميتا لاحتمال أن يكون الموت بالضرب

في ثلاث سنين على ما يجىء في المعامل . وقوله (ويستوى فيه) أى في وجوب قدر الغرة بأنه عبد أو أمة قيمته خمسمائة درهم لإطلاق ما روينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم « في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة درهم » وقوله (ولأن في الحين) دليل معقول على التساوى بين الذكر والأنثى في الولدين المنفصلين في الدية لتفاوت معانى الآدمية في المالكية فإن الذكر مالك مالا ونكاحا والأنثى مالكة مالا مملوكة نكاحا فكان بينهما تفاوت فيما هو من خصائص الآدمية وهو معدوم في الجنين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة . وقوله (وإن ألقته حيا ثم مات) أول الأقسام الأربعة العقلية الحاصلة من موت أحدهما بعد الضرب ، وهى أن خروج الجنين من الأم إما أن يكون في حال حياتها أو في حال مماتها أو في حال حياة الأم ومات الجنين أو على العكس ، والأقسام مع أحكامها مذكورة في الكتاب . وقوله (فلا يجب الضمان بالشك) اعترض عليه بأن الشك ثابت فيما إذا ألفت جنينا ميتا لاحتمال أن يكون الموت من الضرب واحتمال أنه لم ينفخ فيه الروح ، ومع ذلك وجب الضمان وهو أول ما ذكر في هذا الفصل وأجيب بأن الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا ، وليس ما نحن فيه في معناه لأن فيه الاحتمال من وجه واحد ، وفيما نحن فيه من وجوه وهى احتمال عدم نفخ الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الأم وبسبب تخنيق الرحم وغم البطن فلا يلحق بذلك لا قياسا ولا دلالة فبقى على أصل القياس وهو عدم وجوب الضمان . قال (وما يجب

أقول : فيه أن الأول أن يقول مثلا إذا اشترك الخ (قال المصنف : فلا يجب الضمان بالشك) أقول : وفيه أن التسبب للموت يوجب الضمان أيضا فينبغى أن يجب . وجوابه أن إيجاب النرة ثبت بالحديث ، على خلاف القياس فإن حياته مشكوكة ، وهذا ليس في معناه حتى يلحق به لكثرة الاحتمالات هنا دونه ، هكذا قيل ، ولك أن تقول قوله عليه الصلاة والسلام « في الجنين غرة عام » فلا بد للشخص من دليل فليتأمل هل يمكن التخصيص بالمباشرة بأن يقال : المراد في قتل الجنين على حلف المضاف ، والقتل إنما يستند حقيقة إلى المباشرة (قوله وأجيب بأن الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرناه الخ) أقول : لقاتل أن يقول : النص وهو قوله

في الجنين موروث عنه) لأنه بدل نفسه فيرثه ورثته (ولا يرثه الضارب ، حتى لو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الأب غرة (ولا يرث منها) لأنه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل . قال (وفي جنين الأمة إذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان أنثى) وقال الشافعي : فيه عشر قيمة الأم ، لأنه جزء من وجهه ، وضمان الأجزاء يؤخذ مقدارها من الأصل . ولنا أنه بدل نفسه لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان ، ولا معتبر في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها . وقال أبو يوسف : يجب ضمان النقصان لو انتقصت الأم اعتبارا بجنين البهائم ، وهذا لأن الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكر إن شاء الله تعالى ، فصحح الاعتبار على أصله . قال (فإن ضربت فأعتق المولى ما في بطنها ثم ألقته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وإن مات بعد العتق) لأنه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية ، وتجب قيمته حيا لأنه بالضرب صار قاتلا إياه وهو حي فنظرنا إلى حالتي السبب والتلف .

واحتمال أنه لم ينفخ فيه الروح ، ومع ذلك وجب الضمان وهو أول ما ذكر في هذا الفصل . وأجيب بأن الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا ، وليس مانحن فيه في معناه لأن فيه الإحتمال من وجه واحد ، وفيما نحن فيه من وجوه وهي احتمال عدم نفخ الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الأم وبسبب تخنيق الرحم وغم البطن ، فلا يلحق بذلك قياسا ولا دلالة فبقى على أصل القياس وهو عدم وجوب الضمان ، كذا في العناية أخذنا من النهاية . وأورد بعض الفضلاء على هذا الجواب حيث قال : لقائل أن يقول : النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام « في الجنين غرة » يشمل فلا حاجة إلى الإلحاق انتهى . أقول : هذا أمر عجيب من مثله ، فإن مضمون إيرادهم مع جوابه مذكور في شرح تاج الشريعة ، فإن كان جوابه المذكور هناك مقبولا عند هذا القائل فما معنى ذكر السؤال وترك الجواب ، وإن لم يكن ذلك الجواب مقبولا عنده كان عليه بيان فساده فكأنه لم ينظر إلى ما في شرح تاج الشريعة هنا ولم يظفر بجواب إيرادهم أصلا ، والذي ذكر في شرح تاج الشريعة هنا هكذا . فإن قلت : عموم قوله عليه الصلاة والسلام « في الجنين غرة » ، عبد أو أمة » ينال المتنازع فيه . قلت : لابد من إضمار فيصير كأنه قال في إتلاف الجنين غرة ، والشك واقع في ذلك انتهى ، تأمل في تفصيل جوابه لعله سمى صالح (قوله ولنا أنه بدل نفسه لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها)

في الجنين موروث عنه) كلامه واضح . وقوله (وفي جنين الأمة الخ) يعني جنين الأمة إذا كان ذكرا ولم يكن الحمل من المولى ولا من المغرور نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان أنثى ، وطريق ذلك أن يقوم الجنين بعد انفصاله ميتا على لونه وهيبته لو كان حيا فينظر كم قيمته ، ويجب نصف عشر ذلك إن كان ذكرا ، وعشره إن كان أنثى ، وإنما قيدنا بكون الحمل من غير المولى والمغرور لأنه لو كان منهما لزممت الغرة لكونه حرا ، فلو ضاع الجنين ووقع النزاع في القيمة فالقول للضارب لإنكاره الزيادة ، وإن تعذر الوقوف على ذكوره وأنوثته تأخذ بالمتيقن . قوله (لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان) يعني في الأصل ، ألا ترى أنه إذا قلع السن فثبت مكانه أخرى لم يجب شيء وهاتنا بدل الجنين واجب وإن لم يظهر في الأم نقصان ، فدل على أن وجوبه باعتبار معنى التفسيرية (فيقدر بها) أي بقيمة نفس الجنين لا بقيمة الأم . قوله (وقال أبو يوسف) هذا غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف . قال في الميسر : ثم وجوب البذل في جنين الأمة قول أبي حنيفة ومحمد وهو الظاهر من قول أبي يوسف . وعنه في رواية أنه لا يجب إلا نقصان الأم إن تمكن فيها نقص ، وإن لم يتمكن لا يجب شيء كما في جنين البهيمة . وقوله (فنظرنا إلى حالتي السبب والتلف) يعني أوجبنا القيمة اعتبارا بحالة الضرب ،

عليه الصلاة والسلام « في الجنين غرة » يشمل فلا حاجة إلى الإلحاق (قال المصنف : وفي جنين الأمة إذا كان ذكرا نصف عشر قيمته) أقول : قال الكاكي : أي إذا كانت حاملا من زوجها لأم من مولاهما ليكون الولد رقيقا ولا من مغرور ، لأنه لو كان الحمل من مولاهما (٣٩ - تكملة فتح القدير سنن - ١٠)

وقيل هذا عندهما ، وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروبا إلى كونه غير مضروب ، لأن الإعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك بعد إن شاء الله تعالى . قال (ولا كفارة في الجنين) وعند الشافعي تجب لأنه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا . ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تعداها ولهذا لم يجب كل البدل . قالوا : إلا أن يشاء ذلك لأنه ارتكب محظورا ، فإذا تقرب إلى الله تعالى كان أفضل له ويستغفر مما صنع (والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الأحكام) لإطلاق ماروينا ، ولأنه ولد في حق أمومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك ، فكذا في حق هذا الحكم ، ولأن بهذا القدر يتميز من العلقه والدم فكان نفسها ، والله أعلم .

(باب ما يحدث الرجل في الطريق)

قال (ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفا أو ميزابا أو جرحصنا أو بنى ذكانا فلرجل من عرض الناس أن

أقول : لقائل أن يقول : إن أراد أنه بدل نفسه من كل الوجوه كما هو الظاهر من سياق تعليقه يكون ما ذكره هنا مناقضا لما قاله فيما قبل من أنه إن كان بدل النفس من حيث أنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالألم ، وإن أراد أنه بدل نفسه من وجه لا يكون هذا دليلا على مدعانا دافعا لما قاله الشافعي من أنه جزء من وجه وضمان الأجزاء يؤخذ مقدارها من الأصل فليتأمل .

(باب ما يحدث الرجل في الطريق)

لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة شرع في بيان أحكامه تسييبا ، وقدم الأول لكونه أصلا لأنه قتل بلا واسطة ولكونه

وأوجبنا قيمته حيا لا مشكوكا في حياته اعتبارا بحالة التلف . لا يقال : هذا اعتبار بحالة الضرب فقط ، إذ الواجب في تلك الحالة أيضا قيمته حيا لجواز أن لا يكون حيا فلا تجب قيمته حيا هناك بل تجب الغرة . وقوله (ما بين كونه مضروبا إلى كونه غير مضروب) يعني تفاوت ما بينهما ، حتى لو كانت قيمته غير مضروب ألف درهم وقيمته مضروبا ثمانمائة يجب على الضارب مائتا درهم . وقوله (على ما ذكر بيانه بعد هذا) يعني في جناية المملوك والجناية عليه في مسألة من قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك . وقوله (وقد عرفت في النفوس المطلقة) أي الكاملة بالنص فلا يتعداها إلى غير المطلقة وهو الجنين ، لأن القياس لا يجري في العقوبات ، وليس غير المطلقة نظير المطلقة حتى يلحق بها دلالة ؛ ألا ترى أنه لا يجب كل البدل ، والباقي ظاهر لا يحتاج إلى شرح .

(باب ما يحدث الرجل في الطريق)

لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة ذكر أحكامه تسييبا ، والأول أولى بالتقديم ، إما لأنه قتل بلا واسطة ، وإما لكثرة وقوعه . قال (ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفا الخ) الكنيف : المستراح ، والميزاب معروف ، والجرحصن قيل هو

أو من المغرور تجب الغرة ذكرنا كان أو أنى انتهى . فلو قال المصنف : وفي الجنين المملوك لكان أولى لعدم الاحتياج إلى هذا التقيد (قوله لجواز أن لا يكون حيا فلا تجب قيمته حيا هناك بل تجب الغرة) أقول : فيه أن الدفع أسهل من الرفع فليبعد أن لا يكون حيا وقت الضرب ، ثم لا يكون الضرب مانعا من حدوث الحياة ، ويكون بعد حدوثه رافعا له فليتأمل (قال المصنف : ولأن بهذا القدر يتميز من العلقه والدم فكان نفسا) أقول : منقوض بالمضغة إلا أن يراد التمييز التام الكامل .

(باب ما يحدث الرجل في الطريق)

ينزعه) لأن كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوا به فكان له حق التقصص ، كما في الملك المشترك فإن لكل واحد حق التقصص لو أحدث غيرهم فيه شيئا فكذا في الحق المشترك . قال (ويسع للذي عمله أن ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين) لأن له حق المرور ولا ضرر فيه فليحق ما في معناه به . إذ المانع متعنت ، فإذا أضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » قال (وليس لأحد من أهل الدرب الذي ليس بنافذ أن يشرع كنيفا أو ميزابا إلا بإذنهم) لأنها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال ، فلا يجوز التصرف بأمرهم أو لم يضر إلا بإذنهم . وفي الطريق النافذ له التصرف إلا إذا أضر لأنه يتعذر الوصول إلى إذن الكل : فجعل في حق كل واحد كأنه هو المالك وحده حكما كي لا يتعطل عليه طريق الانتفاع ، ولا كذلك غير النافذ لأن الوصول إلى إرضائهم ممكن فيبقى على الشركة حقيقة وحكما . قال (وإذا أشرع في الطريق روشنا أو ميزابا أو نحوه فسقط على إنسان فعطب فالدابة على عاقاته) لأنه سبب لتأخره

أكثر وقوعا فكانت أمس حاجة إلى معرفة أحكامه (قوله ويسع للذي عمله أن ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لأن له حق المرور ولا ضرر فيه فليحق به ما في معناه إذ المانع متعنت) أقول : هذا المقام محل الكلام ، فإن المدعى هنا وهو إباحة الانتفاع بالأمور المذكورة آنفا للذي عملها ما لم يضر بالمسلمين مسئلة متفق عليها بين الأئمة ، ودليله المذكور في الكتاب لا يتمشى إلا على أصل محمد . أما أولا فلأن قوله فليحق به ما هو في معناه ليس بتمام على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، إذ قد صرح في الشروح وعامة المعبريات أن أصلهما أن لكل أحد من عرض الناس مسلما كان أو ذميا أن يمنع العامل من الوضع سواء كان

البرج ، وقال فخر الإسلام : جذع يخرج الإنسان من الحائط ليبنى عليه . والعرض بالضم : الناحية ، قيل المراد به هنا أبعد الناس منزلة : أي أضعفهم وأردظم . وجملة الكلام في هذه المسئلة في ثلاثة أشياء : في إباحة العمل وفي الخصومة وفي ضمان ما يتلف به . والمبدوء به في الكتاب الخصومة ، وتعرض للنزع ولم يتعرض للمنع إلا على قول محمد فإن فيه خلافا بين العلماء . قال أبو حنيفة : لكل أحد من عرض الناس مسلما كان أو ذميا أن يمنع من الوضع سواء كان فيه ضرر أو لم يكن إذا أراد الوضع بغير إذن الإمام ، لأن فيه الافتيات على رأى الإمام فيما إليه تدبيره ، فلكل أحد أن ينكر عليه ، وبه قال أبو يوسف ، وقال محمد : ليس لأحد حق المنع إذا لم يكن فيه ضرر ، لأنه مأذون في إحداثه شرعا فهو كما لو أذن له الإمام . وأما الخصومة في الرفع فالمذكور في الكتاب قول أبي حنيفة ، وقالوا : ليس لأحد ذلك ، أما على قول محمد فظاهر لأنه جعله كالمأذون من الإمام فلا يرفع أحد ، وأما أبو يوسف فإنه يقول : كان قبل الوضع لكل أحد يد فيه ، فالذي يحدث يريد أن يجعلها في يد نفسه خاصة ، فأما بعد الوضع فقد صار في يده ، فالذي يخاصمه يريد إبطال يده من غير دفع الضرر عن نفسه فهو متعنت ، وأما وجه قول أبي حنيفة فهو المذكور في الكتاب . وقوله (ويسع للذي عمله) بيان الإباحة وهو ظاهر . وقوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » أي لا ابتداء ولا جزاء : يعنى متعليا عن مقدار حقه في الاقتصاص ، لأن الضرر بمعنى المضارة وهو أن تضر من ضرك ، وهذا الكلام فيما إذا كان الدرب نافذا ، وأما إذا كان غير نافذ فقوله وليس لأحد من أهل الدرب الذي ليس بنافذ بيان لذلك . والدرب : الباب الواسع على السكة ، والمراد به السكة هاهنا . وقوله (لأنها مملوكة لهم) يعنى في الغالب قال فخر الإسلام : المراد بغير النافذة المملوكة ، وليس ذلك بعله الملك فقد تنفذت وهي مملوكة وقد يسد منفذها وهي للعامة ، لكن ذلك دليل على الملك غالبا فأقيم مقامه ووجب العمل به حتى يدل الدليل على خلافه . وقوله (على كل حال) أي سواء كانوا متلازمين أو لم يكونوا . قوله (وإذا أشرع في الطريق روشنا) وهو المراد على العلويين لوجوب الضمان

(قوله وتعرض للنزع ولم يتعرض للمنع) أقول : يعنى أن الخصومة تارة تكون للنزع وتارة للمنع ، فالمصنف تعرض للأول دون الثاني (قوله بيان الإباحة وهو ظاهر) أقول : فإنه إذا وسع الانتفاع به وسع إحداثه أيضا (قال المصنف : وإذا أشرع في الطريق روشنا)

متعد بشغله هواء الطريق ، وهذا من أسباب الضمان وهو الأصل ، وكذلك إذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب (وكذا إذا تعثر بنقضه إنسان أو عطبت به دابة ، وإن عثر بذلك رجل فوق على آخر فأتا فالضمان على الذي أحدثه فيهما) لأنه يصير كالمدافع إياه عليه (وإن سقط الميزاب بطرفان أصاب) ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه) لأنه غير متعد فيه لما أنه وضعه في ملكه (وإن أصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه فيه) لكونه متعديا فيه ، ولا ضرورة لأنه يمكنه أن يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ، ولا يحرم عن الميراث لأنه ليس بقاتل حقيقة (ولو أصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب نصف الدية وهدر النصف كما إذا جرحه سبع وإنسان ، ولو لم يعلم أى طرف أصابه يضمن النصف) اعتبارا للأحوال (ولو أشرع جناحا إلى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلا فقتله أو وضع خشبة في الطريق

فيه ضرر أو لم يكن إذا أراد الوضع بغير إذن الإمام ، لأن فيه الافتيات على رأى الإمام فيما إليه تديره ، فلكل أحد أن ينكر عليه ؛ فظهر منه أن عمل ذلك والانتفاع به يشتمل على أمر منكر على أصلهما وهو الافتيات على رأى الإمام فيما إليه تديره وإن لم يضر بالمسلمين ، فلم يتصور عندهما أن يكون ذلك في معنى المرور الذي لا يشتمل على أمر منكر أصلا حتى يصح إلحاق ذلك به ، وأما ثانيا فلأن قوله إذ المانع متعنت ليس بتمام أيضا على أصلهما قطعاً ، إذ لو صح عندهما كون المانع متعنتا لما ذهب إلى جواز منعه شرعا وقد عرفت كون مذهبهما ذلك ودليلهما الذي أقاما عليه فتبصر (قوله وكذلك إذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب) قال الشراح : يعنى الكنيف والميزاب والجرح من . أقول : لعل قول المصنف هذا مستدرك ، لأن مامر آتفا من لفظ مختصر القدورى وهو قوله وإذا أشرع في الطريق روشنا أو ميزابا أو نحوه فسقط على إنسان فعطب فالدية على عاقلة كان متاولا لجميع ما ذكر في أول الباب . أما للميزاب فصرحة كما ترى . وأما لغير ذلك فبعموم قوله أو نحوه فلا حاجة إلى ما ذكره المصنف هنا بل لا وجه للفظ ، وكذلك سببا بالنظر إلى الميزاب تأمل (قوله وكذا إذا تعثر بنقضه إنسان أو عطبت به دابة)

وقوله (مما ذكرنا في أول الباب) يعنى الكنيف والميزاب والجرح من . وقوله (فالضمان على الذي أحدثه فيهما) يعنى ضمانهما على المحدث ولا ضمان على الذي عثر به لأنه مدفوع في هذه الحالة والمدفوع كالألة (وقوله وإن سقط الميزاب الخ) هذه المسئلة على أربعة أوجه ، لأنه إما أن أصابه الطرف الداخل أو الخارج ، أو أصابه جميعا وعلم بذلك أو لم يعلم أى الطرفين أصابه ، والخمسة المذكورة في الكتاب بوجوهها . وقوله (لأنه ليس بقاتل حقيقة) يعنى أن الكفارة وحرمان الإرث إنما يجبان بالقتل حقيقة ، وهذا ليس بقتل حقيقة وإلا لساوى المالك غيره كما في الرمي . قيل إن كان قتلا حقيقة فالقياس شمول الوجوب في الضمان والكفارة والحرمان ، وإن لم يكن فالقياس عدمه فيها . والجواب أن الضمان يعتمد الإلتلاف بطريق صيانة التعدى للدماء عن الهدر ، وقد تحقق إحداثه في الطريق ما ليس له ذلك . وأما الكفارة والحرمان فيعتمدان القتل عمدا أو خطأ ولم يوجد شيء منهما . وقوله (اعتبارا للأحوال) يعنى يعلم يتيقن أنه قتل الجراحة ، ولا يعلم أنه بأى الطرفين كان ، فإن كان للطرف الداخل فلا ضمان ، وإن كان بالخارج فعليه الضمان فيجعل كأنه حصل بالطرفين . وقوله (ولو أشرع جناحا) ظاهر وقيل المشتري متعد أيضا بترك الرفع مع إلمامه شرعا . وأجيب بأن سبب ضمان القتل إما المباشرة أو التسبيب ، ولم يوجد منه ذلك فصار كمن تمكن من رفع حجر عن الطريق ولم يفعل حتى يحط به إنسان فإنه لا ضمان ، لأنه ليس بمباشر ولا متسبب . واستشكل أيضا بالحائط المائل إذا تقدم إنسان إلى صاحبه بالنقض فلم ينقض حتى باع الدار من غيره ثم أصاب إنسانا فإنه لا ضمان على البائع وإن كان جانيا بترك النقص بعد التقدم إليه . والجواب أن صيرورة صاحب الحائط ضامنا بالتقدم إليه باعتبار ملكه وقد زال بالبيع .

أقول : الروشن هو الرف عن الأزهرى ، وعن القاضى الصدر : الممر على الملو وهو مثل الرف ، كذا في المغرب ، وفي القاموس الروشن : الكوة (قوله يعنى يعلم يتيقن أنه قتل الجراحة) أقول : الظاهر أن يقول : قتل الميزاب .

ثم باع الخشبة وبرئ إليه منها فتركها المشتري حتى (عطب بها إنسان فالضمان على البائع) لأن فعله وهو الوضع لم يفسخ بزوال ملكه وهو الموجب (ولو وضع في الطريق جمرًا فأحرق شيئًا يضمه) لأنه متعدّ فيه (ولو حركته الريح إلى موضع آخر ثم أحرق شيئًا لا يضمه) لنسخ الريح فعله ، وقيل إذا كان اليوم ريحًا يضمه لأنه فعله مع علمه بعاقبته وقد أفضى إليها فجعل كباشرته (ولو استأجر ربّ الدار الفعلة لإخراج الجناح أو الظلة فوق فقتل إنسانًا قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم) لأن التلف بفعلهم (ومالم يفرغوا لم يكن العمل مسلمًا إلى ربّ الدار) وهذا لأنه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة ، والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم إليه فاقترض عليهم (وإن سقط بعد فراغهم فالضمان على ربّ الدار استحسانًا)

أقول : فيه نوع تساهل ، لأن جواب المسئلة السابقة وجوب الدية على العاقلة ، وفيها إذا عطبت به دابة يجب ضمانها في ماله صرح به في الكافي وغيره . وكلمة كذا تقتضي الاشتراك في الجواب وهو غير متحقق في قوله أو عطبت به دابة ، اللهم إلا أن يكون المراد بكلمة كذا هنا هو التشبيه والتشريك في مجرد وجوب الضمان لا في وجوبه على الوجه الخاص المذكور فيما سبق ، فيعم قوله إذا تعثر بنقصه إنسان . وقوله أو عطبت به دابة ، لكنه خلاف الظاهر من العبارة فهو عين التساهل (قوله ولو استأجر ربّ الدار الفعلة لإخراج الجناح أو الظلة فوق فقتل إنسانًا قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم الخ) قال شيخ الإسلام : هو على وجوه : إن قال مخرج الجناح للأجراء ابنوا جناحا لي على فناء داري فإنه ملكي أو لي حق إشراع الجناح إليه من التذم لم يعلم العملة بخلاف ما قاله ففعلوا ثم سقط فأصاب شيئًا فالضمان عليهم ، ويرجعون بالضمان على الأمر قياسًا واستحسانًا سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده ، لما أن الضمان وجب على العامل بأمر الأمر فكان له أن يرجع به عليه ، كما لو استأجر غيره ليذبح له شاة ثم استحققت الشاة بعد الذبح فللمستحق أن يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الأمر لأنه غره كذا هذا . وإن قال

وصيرورة مخرج الجناح بشغل هواء طريق المسلمين تعدّيًا ولم يزل بالبيع . وقوله (ولو حركته) أي الجمر ، قيل فيه تلويح إلى أن الريح إن هبت بشررها فأحرق شيئًا وجب الضمان لأن التعدّي كان بوضع الجمر وهو باق في مكانه ، وإليه ذهب بعض أصحابنا . وقوله (وقيل إذا كان اليوم ريحًا يضمه) هو اختيار شمس الأئمة السرخسي ، والأول : أغنى الإطلاق في عدم الضمان اختيار شمس الأئمة الحلواني . وقوله (وقد أفضى إليها) أي إلى عاقبته وهو الحرق بواسطة الريح . قوله (ولو استأجر ربّ الدار الفعلة) الفعلة جمع فاعل وهو على وجوه : إن قال المخرج للفعلة أخرجوا جناحا لي على فناء داري فإن لي حق ذلك ولم يعلم الفعلة غير ما قال ففعلوا فسقط وأصاب شيئًا قبل الفراغ من العمل أو بعده فالضمان عليهم ويرجعون به على الأمر قياسًا واستحسانًا لأنه وجب بأمره فله أن يرجعوا به عليه ، كما لو استأجره ليذبح شاة له ثم استحققت بعد الذبح فللمستحق أن يضمن الذابح ويرجع به الذابح على الأمر ، وإن قال أشرعوا جناحا لي على فناء داري وأخبرهم أن لاحق له في ذلك أو لم يخبرهم ففعلوا فسقط وأتلف شيئًا قبل الفراغ من العمل فعليه الضمان ولم يرجعوا به على الأمر قياسًا واستحسانًا ، وإن سقط بعد الفراغ منه فكذلك على جواب القياس لأنه أمرهم بما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الأمر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما

(قوله وهو على وجوه إن قال المخرج ، إلى آخر قوله : وإنما تحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل) أقول : لا يقال فرق ما بين ما ذكر في الكتاب وهذا المنقول ، فإن ما في الكتاب محمله المباشرة ولهذا تجب الكفارة ، فلا فرق بين علم العملة وعدم علمهم بفساد الأمر في وجوب الضمان قبل الفراغ ، ولا تتصور المباشرة بعده فيكون بالتسبب . لأننا نقول : إشراع الجناح مطلقًا مباشرة : فهذا شبه بذبح الشاة ، وسيجيء من الشارح أيضًا بعد (قال المصنف : حتى وجب عليهم الكفارة) أقول : قال الزيلعي : بخلاف ما تقدم من المسائل من إخراج الجناح أو الميزاب أو الكنيف إلى الطريق فقتل إنسانًا بسقوطه حيث لا تجب فيه الكفارة ولا يحرم الإرث لأنه تسبب وهنا مباشرة انتهى . فتأمل في الفرق بين هذه المسئلة وما تقدم .

لأنه صح الاستئجار حتى استحقوا الأجر ووقع فعلهم عمارة وإصلاحاً فانتقل فعلهم إليه فسكانه فعل بنفسه فلهذا يضمه (وكذا إذا صب الماء في الطريق فعطب به إنسان أو دابة ، وكذا إذا رش الماء أو توضأ) لأنه متعد فيه بإلحاق الضرر بالمارة (بخلاف ما إذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من أهلها أو قعد أو وضع متاعه) لأن لكل واحد أن يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة . قالوا : هذا إذا رش ماء كثيراً بحيث يزلق به عادة ، أما إذا رش ماء قليلاً كما هو المعتاد والظاهر أنه لا يزلق به

المستأجر للأجراء أشرعوا في جناحاً على فناء دارى وأخبرهم أنه ليس له حق لإشراع الجناح أو لم يخبرهم حتى بنوا جناحاً بأمره ثم سقط فأثلف شيئاً ، إن سقط قبل فراغهم من العمل فالضمان على الأجراء ولم يرجعوا قياساً واستحساناً ، وإن سقط بعد فراغهم من العمل فكذلك على جواب القياس لأنه أمرهم بما لم يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الأمر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر ليذبح شاة جار له فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الأمر ، وكذا لو استأجرهم لبنوا بيتاً في وسط الطريق ثم سقط فأثلف شيئاً لم يرجعوا به على الأمر . وفي الاستحسان يكون الضمان على الأمر لأن هذا الأمر صحيح من حيث أن فناء داره مملوك له من وجه ، على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة ، ولكنه غير صحيح من حيث أنه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه ، فمن حيث أن الأمر صحيح يكون قرار الضمان على الأمر بعد الفراغ من العمل ، ومن حيث أنه فاسد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل عملاً بهما . وإظهار شبه الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من إظهاره قبل الفراغ ، لأن أمر الأمر إنما صح من حيث أنه يملك الانتفاع بفناء داره ، وإنما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل ، كذا ذكر جمهور الشراح هنا . أقول : هذه الوجوه في هذه المسئلة بهذا التفصيل والبيان ، وإن كان مما قاله شيخ الإسلام وأرضاء جمهور الشراح لكنه مشكل عندى من وجوه : الأول أنهم قالوا في تحليل جواب القياس في الوجه الثاني والثالث من الوجوه التي ذكروها لأنه أمرهم بما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الأمر ، وهو إنما يتم فيما إذا أخبرهم بأن ليس له حق في ذلك لا فيما إذا لم يخبرهم بذلك ، إذ لا علم لهم بفساد الأمر في هذه الصورة ، وقد سوتهما في وضع المسئلة في الوجه الثاني والثالث حيث قالوا : وأخبرهم أنه ليس له حق لإشراع الجناح من القديم أو لم يخبرهم . والثاني أنهم قالوا في بيان وجه الاستحسان في الوجه الثالث أن أمره غير صحيح من حيث أن فناء داره غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه ، وجعلوا الضمان من هذه الحيثية على العامل قبل الفراغ من العمل ، مع أن مداخلية هذه الحيثية في فساد أمره فيما نحن فيه غير ظاهرة ، لأنه لم يأمرهم ببيعه ولم يفعلوا ذلك حتى يفسد أمره بذلك لكونه غير مملوك له من هذه الحيثية وينبى الضمان على الفعلة قبل الفراغ من العمل ، بل أمرهم بالانتفاع بذلك بإشراع الجناح إليه وفعلوا ذلك ، ولا شك أنه مملوك له من حيث الانتفاع به كما صرحوا به فكيف يفسد أمره من هذه الحيثية حتى يجب الضمان عليهم قبل الفراغ من العمل بناء على فساد الأمر . والثالث أنهم قالوا في الوجه الأول الضمان على الأجراء ويرجعون به على الأمر قياساً واستحساناً سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده . وقالوا في الوجه الثالث : وفي الاستحسان يكون الضمان

لو استأجر ليذبح شاة جار له فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الأمر . وفي الاستحسان يكون الضمان على الأمر لأن هذا الأمر صحيح من حيث أنه فناء مملوك له من وجه على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة غير صحيح من حيث أنه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه ، فمن حيث الصحة يكون قرار الضمان على الأمر بعد الفراغ من العمل ، ومن حيث الفساد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ منه عملاً بهما ، وإظهار جهة الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من إظهارها قبل الفراغ ، لأن أمر الأمر إنما صح من حيث أنه يملك الانتفاع بفناء داره ، وإنما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل . وقوله لأنه (صح الاستئجار) يعنى بالنظر إلى أن له أن ينتفع بفناء داره ، فبالنظر إلى هذا كان أمره معتبراً ووقع فعلهم عمارة وإصلاحاً فانتقل فعلهم إليه فكانه فعله بنفسه ، ولو فعله بنفسه يقيد بشرط السلامة لكونه غير مملوك له فكذا إذا أمر به . وقوله (بخلاف ما إذا فعل ذلك) يعنى الصبّ والرش والوضوء . وقوله (كما في الدار المشتركة) يعنى أنه له أن يفعل فيها ما هو من ضرورات السكنى

عادة لا يضمن (ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش) لأنه صاحب علة . وقيل هذا إذا رش بعض الطريق لأنه يجد موضعا للمرور لا أثر للماء فيه ، فإذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء ، وإن رش جميع الطريق يضمن لأنه مضطر في المرور ؛ وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في أخذها جميعه أو بعضه (ولو رش فناء حانوت بإذن صاحبه فضان

على الأمر ، والظاهر منه أن يكون الضمان في الوجه الثالث في جواب الاستحسان على الأمر ابتداء مع أن الفقه يقتضي أولوية كون الضمان في الوجه الأول أيضا إذا كان السقوط بعد فراغهم من العمل على الأمر ابتداء ، لأن الفعلة كانوا فيه مغرورين بقول الأمر إنه ملكي أولى حق ذلك الفعل من القديم ، بخلاف الوجه الثالث في الغرور مع الاشتراك بينهما في سائر الأمور كما ترى . ثم أقول : تقرير المصنف هذه المسئلة وتعليلها لا يوافق ما ذكره الشراح هنا من التفصيل المنقول عن شيخ الإسلام ، بل يأباه جدا . قال المصنف : جعل المسئلة على وجهين : أحدهما السقوط قبل فراغهم من العمل ، والآخر السقوط بعد فراغهم منه : وجعل حكم أحدهما مخالفا لحكم الآخر مطلقا . وقال في تعليل الأول : إن التلف كان بفعلهم ، وإن فعلهم انقلب قتلا حتى وجب عليهم الكفارة ، والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم إلى رب الدار فاقصر عليهم . ولا يخفى أن هذا التعليل يقتضي أن يكون الضمان عليهم ، وأن لا يرجعوا به على الأمر في صورة السقوط قبل فراغهم من العمل مطلقا : أي في الوجه الأول أيضا من الوجوه التي ذكرها الشراح نقلا عن شيخ الإسلام وهو ما إذا أخبرهم الأمر بأن له حقا في ذلك ، لأن فعلهم لما انقلب قتلا وصار غير داخل في عقد الأمر ولم يتسلم إليه بل اقتصر عليهم كان إخباره لهم بأن له حقا في ذلك ، وعدم إخباره لهم بذلك سيئ قطعاً ، ويقتضي أن لا يتم في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل التعليل الذي ذكره لرجوعهم بالضمان على الأمر قياسا واستحسانا في الوجه الأول من الوجوه التي ذكروها سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده بقولهم لأن الضمان وجب على العامل بأمر الأمر فكان له أن يرجع به عليهم ، فإن فعلهم لما انقلب قتلا في صورة السقوط قبل فراغهم من العمل صار مخالفا لأمر الأمر خارجا عن عقده فلم يكن بأمر الأمر ، فما كان وجوب الضمان عليهم بأمره بل كان بفعل أنفسهم ، ويقتضي أيضا أن لا يتم تنظيرهم الوجه الأول بما لو استأجر غيره ليذبح شاة له ثم استحققت بعد الذبح فلم يستحق أن يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الأمر في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل ، فإن فعل الذابح هناك لم ينقلب ما هو خارج عن العقد بل وقع على ما هو الداخل في العقد ، فإذا ضمن الذابح كان له حق الرجوع على الأمر بحكم التفرير ، بخلاف ما نحن فيه في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل كما عرفت آنفا . ثم إن بعض الفضلاء قال هنا : لا يقال فرق بين ما ذكر في الكتاب وهذا المنقول ، فإن ما ذكر في الكتاب محمله المباشرة ولهذا تجب الكفارة ، فلا فرق بين علم العلة وعدم علمهم بفساد الأمر في وجوب الضمان قبل الفراغ ، ولا تتصور المباشرة بعده فيكون بالتسيب . لأننا نقول : إشرع الجناح مطلقا مباشرة فلهذا شبه بذبح الشاة ، وسيجيء من الشارح أيضا : يعني صاحب العناية . أقول : جوابه ليس بسديد ، إذ لم يقل أحد بأن إشرع الجناح مباشرة للقتل في صورة السقوط بعد الفراغ من العمل ، كيف ولو كان مباشرة له بعده فلا يخلو من أن يكون مباشرة من الفعلة أو من الأمر ، فلو كان مباشرة من الفعلة لوجب عليهم الضمان والكفارة قطعاً كما في السقوط قبل الفراغ ، ولم يجب عليهم بعده شيء منهما بل وجب الضمان على الأمر وهو رب الدار استحسانا كما ذكر في الكتاب ، ولو كان مباشرة من الأمر لوجب عليه الكفارة لا محالة ولم يقل به أحد ، والتشبيه بذبح الشاة إنما وقع في صورة السقوط قبل الفراغ لا في صورة السقوط بعده ، والذي سيجيء من الشارح أيضا لا بد وأن يحمل على كون إشرع الجناح مباشرة في الصورة الأولى لا في الصورة الثانية . وأما كون إشرع الجناح مباشرة مطلقا لفعل من إن لم يكن مباشرة للقتل في صورة السقوط بعد الفراغ فمعزل عما فيه الكلام وغير مفيد في دفع السؤال الذي ذكره كما لا يخفى (قوله ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش)

وهو اعتبار لحق الملك بحقيقته . وقوله (لأنه صاحب علة) والعلة إذا صلحت لإضافة الحكم إليها بطل غيرها .

ما عطب على الأمر استحسانا . وإذا استأجر أجيرا ليبنى له في فناء حانوته فتعقل به إنسان بعد فراغه فأت
يجب الضمان على الأمر استحسانا . ولو كان أمره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الأجير (لفساد الأمر
قال) ومن حفر بئرا في طريق المسلمين أو وضع حجرا فتلف بذلك إنسان فدينه على عاقلته ، وإن تلفت
به بهيمة فضانها في ماله) لأنه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه ، غير أن العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان
ضمان البهيمة في ماله وإلقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة إلقاء الحجر والخشبة لما ذكرنا ، بخلاف
ما إذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه إنسان حيث لم يضمن لأنه ليس بمتعد فإنه ما أحدث شيئا فيه إنما
قصد دفع الأذى عن الطريق ، حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل بها إنسان كان ضامنا لتعديده بشغله
(ولو وضع حجرا فتحاه غيره عن موضعه فعطب به إنسان فالضمان على الذي نحاه) لأن حكم فعله قد انتسخ
لفراغ ما شغله ، وإنما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر (وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في
الطريق ، فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن) لأنه غير متعد حيث فعل ما فعل بأمر من له الولاية في
حقوق العامة (وإن كان بغير أمره فهو متعد) . إما بالتصرف في حق غيره أو بالافتيات على رأى الإمام أو هو مباح

أقول : في تحرير المصنف هنا شيء وهو أن الظاهر من قوله فيما مر أنفا . وكذا إذا رش الماء بعد قوله وكذا إذا صب الماء أن
مسئلة رش الماء تغاير مسئلة صب الماء : وقد ذكر هنا الصب في أصل المسئلة حيث قال : ولو تعمد المرور في موضع صب
الماء وذكر الرش في جوابها حيث قال : لا يضمن الراش فلم يطابق جواب المسئلة وضع المسئلة . ويمكن أن يعتذر عنه بأنه
إنما فعل هكذا إيماء إلى اتحاد مسئلتى الصب والرش في هذا الحكم مع الاعتماد إلى العلم بتغايرهما مما ذكره من قبل (قوله وإذا
استأجر أجيرا ليبنى له في فناء حانوته فتعقل به إنسان بعد فراغه فأت يجب الضمان على الأمر استحسانا) قال في العناية : لم يتعرض
المصنف بأن ذلك إذا علم الأجير أن الفناء لغير الأمر أو إذا لم يعلم . وفي الجامع الصغير للإمام المحبوبي ما يدل على أن هذا
الجواب الذى ذكره في الكتاب فيما إذا كان الأجير يحسب أنه للمستأجر حيث قال : وإن استأجر رجلا ليحفر له بئرا في الفناء
فحفر ومات فيه إنسان أودابة والفناء لغيره فإن كان الأجير عالما به فالضمان على الأجير وإن لم يعلم الأجير أن الفناء للغير فالضمان
على المستأجر لأن الأجير لم يعلم بفساد الأمر انتهى . أقول : ما ذكره الإمام المحبوبي في جامعته وإن دل على أن الجواب الذى ذكره
في الكتاب فيما إذا كان الأجير يحسب أن الفناء للمستأجر إلا أنه يدل بإطلاقة على أن الجواب في موت إنسان فيه بعد فراغ
الأجير من العمل وقبله سواء ، والذي ذكر في الكتاب مقيد بموت بعد تعقله به بعد فراغ الأجير ولم يتعرض له الشارح
أيضا فتبصر (قوله وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن)

وقوله (في فناء حانوته) قيل الفناء سعة أم البيوت ، وقيل ما امتد من جوانبها وقيل ما أعد لحوائج الدار كرىبط الدابة وكسر
الحطب وقوله (فتعقل) أى تشبث وتعلق بالبناء . وقوله (يجب الضمان على الأمر) لم يتعرض بأن ذلك إذا علم الأجير أن الفناء لغير
الأمر أو إذا لم يعلم . وفي الجامع الصغير للإمام المحبوبي ما يدل على أن هذا الجواب الذى ذكره في الكتاب فيما إذا كان الأجير
يحسب أنه للمستأجر حيث قال : وإن استأجر رجلا ليحفر له بئرا في الفناء فحفر ومات فيه إنسان أو دابة والفناء لغيره ، فإن كان
الأجير عالما به فالضمان على الأجير وإن لم يعلم الأجير أن الفناء للغير فالضمان على المستأجر لأن الأجير لم يعلم بفساد الأمر . قال (ومن
حفر بئرا في طريق المسلمين) كلامه واضح . وبالبلوعة : ثقب في وسط البيت ، وكذلك البلوعة . وذكر رواية الجامع الصغير

(قوله وبالبلوعة ثقب في وسط البيت ، وكذلك البلوعة) أقول : وهذا المعنى لا يلائم المقام (قال المصنف : فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره
عليه لا يضمن) أقول : الأمر من السلطان إكراه ، فقوله أو أجبره كالعلف التفسيرى ، وإذا أذن ولم يأمر ينبغى أن لا يكون متعديا

مقيد بشرط السلامة . وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لأن المعنى لا يختلف (وكذا إن حفره في ملكه لا يضمن) لأنه غير متعد

قال بعض الفضلاء : الأمر من السلطان إكراهه : فقله أو أجبره كالعطف التفسيري اه . أقول : ليس هذا بسديد ، لأن كون مجرد الأمر من السلطان إكراها ليس بقول مختار سيما عند محمد رحمه الله كما نص عليه في السير الكبير حيث قال : إن مجرد أمر الإمام ليس بإكراه . فجاز أن يكون قوله في الجامع الصغير أو أجبره عليه بعد قوله فإن أمره السلطان بذلك مبنيا على ذلك ، ولئن سلم أن كونه إكراها قول مختار فالظاهر أن الأمر هنا كناية عن الإذن لاستزاج الأمر الإذن . وعطف أجبر عليه قرينة على ذلك . وعن هذا قال في غاية البيان في تحليل هذه المسئلة : وذلك لأن للإمام ولاية عامة فلا يضمن ما فعله بإذن الإمام . وقال في العناية : وذكر رواية الجامع الصغير لاشتغالها على بيان إذن الإمام انتهى . ولا شك أن مجرد إذن السلطان فيما نحن فيه يدفع الضمان عن الفاعل ، صرح به في عامة المعترات فيكون قوله أو أجبره عليه مسئلة أخرى لا محالة . وأما كون قوله أو أجبره عليه عطفًا تفسيريًا فما لا وجه له ، لأن العطف التفسيري لم يسمع في كلمة أو ومعناها أيضا لا يساعد ذلك ، وإنما شاع ذلك في كلمة الواو لمساعدة معناها إياه . ولكن بقي لنا شيء في قول محمد أو أجبره عليه بعد قوله فإن أمره السلطان بذلك ، وهو أنه إذا علم عدم ضمان الفاعل فيما إذا أمره السلطان بما فعله يعلم عدم ضمانه قطعًا فيما إذا أجبره عليه فما فائدة ذكر قوله أو أجبره عليه بعد قوله فإن أمره السلطان بذلك . نعم لو قال فإن أجبره السلطان على ذلك أو أمره به لكان له حسن لكون الثاني من قبيل الترتي تأمل تفهم (قوله وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره) قال عامة الشراح : أراد بقوله مما ذكرناه : ما ذكره من أول الباب إلى هنا من إخراج الكنيف أو الميزاب أو الجرحصن إلى الطريق وبناء الدكان فيه وإشراع الروشن وحفر البئر ، وزاد صاحب الغاية : ووضع الحجر . وقالوا : : أراد بقوله وغيره غير ما ذكر في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمي الثلج والجلوس للبيع . أقول : بما ذكره من أول الباب إلى هنا صب الماء في الطريق وكذا رش الماء أو التوضي فيه وكذا وضع الخشبة فيه ، ولم يذكر أحد من الشراح شيئًا من ذلك مع التزامهم البيان والتفصيل حتى ذكروا جميع ما وقع في الباب قبل ما تركوه وما بعده ، وإن زعموا أن الجواب فيما تركوه خلاف الجواب فيما ذكروه كان عليهم البيان والنقل . ثم إنهم جعلوا بناء الظلة من غير ما ذكر في الكتاب مع أنه قد ذكر في الكتاب حيث قال : ولو استأجر رب الدار الفعلة لإخراج الجناح أو الظلة فوق وقع وقتل إنسانا الخ . ويمكن أن يعتذر عن الثاني بأن الكلام هنا فيما فعل في طريق العامة ، وقد حمل الشراح مسئلة استئجار الفعلة لإخراج الجناح أو الظلة المذكورة في الكتاب فيما مر على ما فعل في فناء الدار لا في طريق العامة فلم يجعلوها مما نحن فيه هنا ، وأرادوا ببناء الظلة الذي عدوه من غير ما ذكر في الكتاب بناءها في طريق العامة ، أو أنهم حملوا المراد بما فعل في طريق العامة في قوله في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره على ما فعله الإنسان بنفسه دون ما استأجر الغير لفعله فلم يعدوا ما استأجر رب الدار الفعلة لإخراج الظلة مما نحن فيه هنا ، وأرادوا ببناء الظلة الذي عدوه من غير ما ذكر في الكتاب بناءه بنفسه ، لكن الظاهر أن الجواب على التفصيل المذكور وهو أنه لو فعله بأمر السلطان لم يضمن ، ولو فعله بغير أمره ضمن متمش في فناء الدار أيضا ، وفيما فعل باستئجار الغير لفعله أيضا فلا فائدة في التخصيص بل لا وجه له تفكر

لاشتغالها على بيان إذن الإمام . والافتيات : الاستعداد بالرأى افتعال من القوت وهو السبق . وقوله (وكذا الجواب على التفصيل) يعني أنه لو فعله بأمر من له الولاية في الأمر لم يضمنه ، ولو فعل بنفسه من غير أمر أحد ضمنه . وقوله (مما ذكرناه) يعني من أول الباب إلى هنا من إخراج الكنيف والميزاب والجرحصن وبناء الدكان وإشراع الروشن وحفر البئر . وقوله (وغيره) يعني ما لم يذكره في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمي الثلج والجلوس للبيع . وقوله (وكذلك إن حفره في ملكه لا يضمن) يعني كما إذا أمره الإمام فحفر في طريق المسلمين لم يضمن ما تلف به ، كذلك إذا حفره في ملكه وإن لم يأذن له الإمام . (٤٠ - تكله فتح القدير ج١ - ١٠)

(وكذا إذا حفره في فناء داره) لأن له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه . وقيل هذا إذا كان الفناء مملوكا له أو كان له حق الحفر فيه لأنه غير متعد . أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركا بأن كان في سكة غير نافذة فإنه يضمنه لأنه مسبب متعد وهذا صحيح (ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا أو غما لا ضمان على الحافر) عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه مات لمعنى في نفسه فلا يضاف إلى الحفر . والضمان إنما يجب إذا مات من الوقوع . وقال أبو يوسف رحمه الله : إن مات جوعا فكذلك : وإن مات غما فالحافر ضامن له لأنه لا سبب للغم سوى الوقوع . أما الجوع فلا يختص بالبئر . وقال محمد : هو ضامن في الوجوه كلها . لأنه إنما حدث بسبب الوقوع . إذ لولاه لكان الطعام قريبا منه . قال (وإن استأجر أجرا فحفروها له في غير فئائه فذلك على المستأجر ولا شيء على الأجراء إن لم يعلموا أنها في غير فئائه) لأن الإجارة صحت ظاهرا إذا لم يعلموا فنقل فعلهم إليه لأنهم كانوا مغرورين : فصار كما إذا أمر آخر بذيح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره . إلا أن

(قوله وكذا إذا حفره في فناء داره) يعني وإن لم يكن للفناء ملكه ، كذا في العناية وغيرها . أقول : يرد عليه أنه ينافي ما ذكر فيما مر من المسئلة المقررة المجمع عليها وهو قوله وإذا استأجر أجيرا لبني له في فناء حانوته فتعقل به إنسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الأمر استحسانا فتأمل (قوله وقيل هذا إذا كان الفناء مملوكا أو كان له حق الحفر فيه) قال جمهور الشراح في تفسير قوله أو كان له حق الحفر فيه بأن كان لا يضر بأحد أو أذن له الإمام في ذلك . أقول : في كل من وجهي تفسيرهم خلل . أما في الأول فلأن قول المصنف أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركا بالغ باباه جدا ، فإن عدم الضرر لأحد قد يتحقق في صورة كونه لجماعة المسلمين أو مشتركا أيضا ، وقد جعل الحكم فيها خلاف ما إذا كان له حق الحفر فيه . وأما في الثاني فلأنه إذا أذن له الإمام يجوز له التصرف في طريق العامة أيضا فلا يضمن ما عطب فيه كما مر آنفا ، ولا شك أن مراد المصنف بقوله بعد بيان ذلك ، وكذلك إن حفر في ملكه لم يضمن ، وكذلك إذا حفره في فناء داره هو أن الحافر لا يضمن في هاتين الصورتين بدون إذن الإمام أيضا ، وعن هذا قال الشراح في شرح قوله وكذلك إن حفره في ملكه لم يضمن : يعني كما إذا أذن له فحفره في طريق المسلمين لم يضمن ، كذلك إن حفره في ملكه بلا إذن الإمام لم يضمن ، فلا معنى لحمل ما قبل

وقوله (وكذلك إذا حفره في فناء داره) يعني وإن لم يكن للفناء ملكه . وقيل جاز له ذلك إذا كان الفناء مملوكا له أو كان له حق الحفر بأن لا يضر لأحد أو أذن له الإمام ، أما إذا لم يكن كذلك فإنه يضمن . وقوله (هذا) يعني هذا الجواب وهو أن يضمن إذا كان الفناء لجماعة المسلمين أو كان مشتركا إذا كان في سكة غير نافذة صحيح . وقوله (ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا أو غما) أي المختافا بالعقوبة . قال في الصباح : يوم غم إذا كان يأخذ النفس من شدة الحر ، وكلامه واضح ، ولا يثوم من تقديم قول أبي حنيفة أنه مرجوح على عادة من يؤخر الراجح فلن الفقه معه ؛ ألا ترى أنه لو حبس رجلا في بئر حتى مات غما فإنه لا ضمان عليه ، بخلاف ما لو مات فيه من الوقوع لأن أثر فعله وهو العمق أثر في نفس الواقع فلا بد من أثر الوقوع لوجوب الضمان . وقوله (وإن استأجر أجرا فحفروها له في غير فئائه) يعني بأن كان الفناء للغير أو طريقا للعامة لكنه غير مشهور ، فلما أن يعلموا أنها في غير فئائه أولا ، فإن كان الثاني فالضمان على المستأجر ولا شيء على الأجراء لأن الإجارة صحت ظاهرا إذا لم يعلموا ذلك ، وذلك يكفي لنقل الفعل إلى الأمر ، لأنه لو توقف على صحة الأمر حقيقة تضرر الأجراء فامتنعوا عن العمل مخافة لزوم العهدة وبالناس حاجة إلى ذلك فنقل فعلهم إليه ، وهذا دليل كون الضمان على المستأجر . وقوله (لأنهم كانوا مغرورين) دليل قوله ولا شيء على الأجراء ، وصار هذا الأمر في صحته ظاهرا ، وكون المأمور مغرورا كالأمر بذبح

إذ لا انقياد (قوله ولا يثوم من تقديم قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى) أقول : أي من تقديم دليل قوله رحمه الله (قال المصنف : وقال أبو يوسف : إن مات جوعا فكذلك) أقول : ما ذكر في الكتاب غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، وأما في ظاهر

هناك بضمن المأمور ويرجع على الأمر لأن الذابح مباشر والأمر مسبب والترجيح للمباشرة فيضمن المأمور ويرجع المغرور ، وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء لأن كل واحد منهما مسبب والأجير غير متعد والمستأجر متعد فيرجح جانبه (وإن علموا ذلك فالضمان على الأجراء) لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقى الفعل مضافا إليهم (وإن قال لهم هذا فثأني وليس لي فيه حق الحفر فحفرنا ومات فيه إنسان فانضمان

في مسألة الحفر في فناء داره التي جوابها عدم الضمان بدون إذن الإمام أيضا على التقييد بإذن الإمام كما لا يخفى . وقال صاحب الغاية في شرح هذا المقام : وقيل إنما يكون له أن يخفر في فناء داره إذا كان الفناء مملوكا له ، أو كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره . لأنه إذا لم يلحق الضرر بغيره يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدي . أما إذا كان الفناء لجماعة المسلمين أو كان مشتركا كما إذا كان في سكة غير نافذة يجب الضمان لوجود التعدي انتهى . أقول : : قد زاد ذلك الشارح نعمة في الظنور من جهة الفساد حيث شرح قوله أو كان له حق الحفر فيه بأن قال : أو كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره : فاشترك مع جمهور الشراح في أن يرد عليه ما يرد على الوجه الأول من وجهي تفسيرهم كما بيناه من قبل ، وقال في تعليل ذلك : لأنه إذا لم يلحق الضرر بالغير يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدي . ويرد عليه أن التقييد بشرط السلامة يقتضي الضمان عند الهلاك كما صرحوا به في مسائل عديدة ، وجواب هذه المسئلة عدم الضمان عند الهلاك لعدم التعدي فلا معنى للتقييد بشرط السلامة كما لا يخفى . ثم أقول : : الصواب عندي أن معنى قوله أو كان له حق الحفر فيه إن كان له حق الاختصاص بالحفر فيه بأن كان ذلك الموضع موقوفا عليه بالانتفاع فيه أو كان بما استأجره للانتفاع فيه أو نحو ذلك ، فحينئذ ينظم السباق والحق بلا غبار كما ترى (قوله وإن علموا بذلك فالضمان على الأجراء لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقى الفعل مضافا إليهم) قال صاحب العناية : في عبارة المصنف تسامح ، لأن صحة الأمر فيما نحن فيه لا تحتاج إلى كون المأمور به في ملكه حتى يصح التعليل بقوله لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ، بل المناسب أن يقال : لأن الأمر لم يصح ظاهرا حيث علموا اهـ . أقول : ليس هذا بسديد ، لأن مدار زعمه التسامح في عبارة المصنف على الغفلة عن دخول قوله ولا غرور في تمام التعليل ، ولا شك أنه داخل فيه ، فقوله لم يصح أمره بما ليس بمملوك له إشارة إلى انتفاء صحة أمره حقيقة . وقوله ولا غرور إشارة إلى انتفاء صحته ظاهرا ، والمعنى لم يصح أمره حقيقة لانتهاء الملك في المأمور به ، ولا ظاهرا لعدم الغرور حيث علموا ، فظهر أن ما ذكره المصنف لتعليل مفيد واسع ليس بمثابة أن يقال : لأن الأمر لم يصح ظاهرا حيث علموا كما ترى ، فلم يتم القول بأن ذلك

شاة ظهر فيها استحقاق الغير ، إلا أن هناك بضمن المأمور ويرجع على الأمر لكونه مباشرا ، وكون الأمر مسببا والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع للغرور ، وهاهنا يجب على المستأجر ابتداء لأن كل واحد منهما مسبب والأجير غير متعد والمستأجر متعد فيرجح جانبه ، وإن كان الأول فالضمان على الأجراء لعدم صحة الأمر بما ليس بمملوك له فلا ينقل فعلهم إليه وليسوا بمغرورين فينتفي الضمان عنهم فبقى الفعل مضافا إليهم . وفي عبارته تسامح لأن صحة الأمر فيما نحن فيه لا تحتاج إلى كون المأمور به في ملكه حتى يصح التعليل بقوله لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ، بل المناسب أن يقال : لأن الأمر لم يصح ظاهرا حيث علموا ، وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين الأمر بإشراع الجناح ، فإن الأجراء هناك إذا لم يعلموا ضمنوا ورجعوا على الأمر وهاهنا لم يضمنوا أصلا . والجواب ما أشار إليه المصنف في ذبح شاة غيره بأن الذابح مباشر والأمر مسبب ، وقد تقدم أن إشراع الجناح كذبح الشاة إذا ظهر استحقاقها (وإن قال لهم هذا فثأني) ظاهر .

الرواية فلا يجب الضمان ، قاله العلامة الإيتاني نقلا عن الإصبهاني ، فالأول وعن أبي يوسف وعن محمد رحمهما الله (قوله وفي عبارته تسامح الخ) أقول : لاتسامح ، إذ المراد أنه لا يصح أمره حقيقة لانتهاء الملك في المأمور به ، ولا ظاهرا لعدم الغرور ، فقوله لأن صحة الأمر لا تحتاج الخ إن أراد صحة الأمر حقيقة فغير مسلم ، وقد دل عليه قوله سابقا لو توقف على صحة الأمر حقيقة ، وإن أراد صحته ظاهرا فسلم

على الأجراء قياساً (لأنهم علموا بفساد الأمر فما غرهم) وفي الاستحسان الضمان على المستأجر (لأن كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكاً له لانطلاق يده في التصرف فيه من إلقاء الطين والخطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الأمر بالحفر في ملكه ظاهراً بالنظر إلى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل إليه . قال) ومن جعل قنطرة بغير إذن الإمام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي عمل القنطرة ، وكذلك إذا وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها (لأن الأول تعدّ هو تسبب ، والثاني تعدّ هو مباشرة فكانت الإضافة إلى المباشر أولى . ولأن تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقى . قال) ومن حمل شيئاً في الطريق فسقط على إنسان فعطب به إنسان فهو ضامن . وكذا إذا سقط فتعثر به إنسان وإن كان رداء قد لبسه فسقط عنه فعطب

هو المناسب (قوله فكان الأمر بالحفر في ملكه ظاهراً بالنظر إلى ما ذكرنا) يعني قوله لأن كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكاً له لانطلاق يده في التصرف فيه الخ . قال في العناية أخذنا من معراج الدراية : فإن قيل : قوله ليس لي فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته . أجيب بأن قوله ليس لي فيه حق الحفر يحتمل أن يكون مراده ليس لي ذلك في القديم ، وهكذا لفظ المبسوط ، فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة انتهى . أقول : في الجواب بحث ، لأن كلمة ليس لنفي مضمون الجملة حالاً عند جمهور النحاة على ما تقرر في موضعه ، فيجئنا لا يحتمل قوله ليس لي فيه حق الحفر غير نفي حق الحفر عنه حالاً . وأما عند بعض النحاة فكلمة ليس وإن كانت للنفي مطلقاً ، إلا أن معناه أن مضمون الجملة إذا قيد بزمان من الأزمنة فهو على ما قيد به . وأما إذا لم يقيد بزمان فيحمل على الحال كما يحمل الإيجاب عليه في نحو زيد قائم كذا حقه الأندلسي واستحسنه الرضوي ، وفيما وقع في مسألة الكتاب لم يقيد بزمان فيحمل على الحال كما يحمل الإيجاب عليه قطعاً فلم يكن مشترك الدلالة ، كيف ولو كان كذلك لما صح قول المصنف في تعليل كون الضمان على الأجراء قياساً لأنهم علموا بفساد الأمر فما غرهم ، إذ العلم بفساد الأمر لا يتصور عند اشتراك دلالة ذلك . وأما ما وقع في لفظ المبسوط فالظاهر أن المراد به ليس لي ذلك من القديم لكنه لي في الحال وإلا لما تم وجه الاستحسان . ثم أقول : الحق عندني في الجواب أن يقال : يحتمل أن يكون المراد بذلك ليس لي على الاختصاص حق الحفر فيه على أن يكون اللام في لي الاختصاص فيجوز أن يكون فناء داره حق عامة المسلمين أو مشتركاً بأن كانت في سكة غير نافذة كما مر مثله فلا يخالف الظاهر من انطلاق يده في التصرف فيه ، إذ يجوز لكل أحد التصرف في حق العامة بشرط السلامة ، ولا ينافي أيضاً قول المصنف في تعليل وجه القياس لأنهم علموا بفساد الأمر فما غرهم ؟ لأن فساد الأمر مقرر على كل من الاحتمالين . أما على احتمال أن يكون المراد ليس لي فيه حق الحفر أصلاً : أي على الاختصاص ولا على الاشتراك فظاهر . وأما على احتمال أن يكون المراد ليس لي فيه على الاختصاص حق الحفر فلا أن الأمر بالحفر في حق العامة أو في الحق المشترك بدون إذن الشريك فاسد لأنه تعدّ ، ولهذا لو فعله بنفسه فتلف به إنسان أو بهيمة يجب عليه الضمان

وقوله (فكان الأمر بالحفر في ملكه ظاهراً بالنظر إلى ما ذكرنا) يعني قوله لانطلاق يده في التصرف فيه الخ . فإن قيل : قوله ليس لي فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته . أجيب بأن قوله ليس لي فيه حق الحفر يحتمل أن يكون مراده ليس لي ذلك في القديم ، وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة . قال (ومن جعل قنطرة بغير إذن الإمام) كلامه واضح . قوله (لأن الأول) يعني جعل القنطرة ووضع الخشبة (تعدّ) أما وضع الخشبة فكونه تعدياً ظاهراً وأما بناء القنطرة فلا أن الباني فوت حقاً على غيره فإن التدبير في وضع القناطر على الأنهار العظام من حيث تعيين المكان والضيق

ولا يفيد كما لا يخفى (قوله بالنظر إلى ما ذكرنا : يعني قوله الخ) أقول : فيه بحث (قوله فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة) أقول : فما يفعل بقول المصنف لأنهم علموا بفساد الأمر ، فإنه إذا كان مشترك الدلالة لم يعلموا به ، إذ العلم لا يجمع الاحتمال

به إنسان لم يضمن) وهذا اللفظ يشمل الوجهين . والفرق أن حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة . والثالبس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيخرج بالتقييد بما ذكرنا فيجعلناه مباحا مطلقا . وعن محمد أنه إذا لبس ما لا يلبسه عادة فهو كالحامل لأن الحاجة لاتدعو إلى لبسه . قال (وإذا كان المسجد

(قوله وهذا اللفظ يشمل الوجهين) قال جمهور الشراح : أشار المصنف بقوله وهذا اللفظ إلى قوله فعطب به فهو ضامن . وأراد بالوجهين في قوله يشمل الوجهين تلف الإنسان بوقوع الشيء المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعد ما وقع في الطريق . أقول : مادبوا إليه من كون قول المصنف وهذا اللفظ إشارة إلى قوله فعطب به فهو ضامن فاسد من وجهين : أحدهما أنه لو كان قوله فعطب به فهو ضامن يشمل الوجهين وهما تلف الإنسان بسقوط المحمول عليه وتلفه بتعثره به بعد سقوط ذلك لكان قوله وكذا إذا سقط فتعثر به إنسان بعد قوله فعطب به فهو ضامن مستدركا محضا . وثانيهما أنه لو كان مراد المصنف ذلك لذكر قوله وهذا اللفظ يشمل الوجهين قبل ذكر المسئلة الثانية وهى قوله وإن كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به إنسان لم يضمن . إذ إذا لوجه لتأخير بيان ما في المسئلة الأولى عن ذكر المسئلة الثانية بلا أمر داع إليه . وقال صاحب العناية بعد أن شرح المقام على ما ذهب إليه جمهور الشراح . وفيه نظر لأن قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على إنسان وذلك لايشمل التعثر به . ثم قال : ولعل المصنف نظر إلى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه انتهى . أقول : إن قوله ولعل المصنف نظر إلى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه مما لا معنى له . لأن قوله فهو ضامن جواب مجموع المعطوف والمعطوف عليه فكيف يتصور صحة المعنى مع قطع النظر عن المعطوف عليه . وأنا أتعجب من هؤلاء الشراح كيف حملوا مراد المصنف ذلك المتقن التحريير على ما ياباه من أنه أدنى دربة بأساليب الكلام . وجعل تاج الشريعة قول المصنف وهذا اللفظ إشارة إلى قوله فعطب به إنسان لم يضمن ، وهو الحق الصريح عندى أيضا فإنه مصون عن المحذورات المذكورة كلها . ورده صاحب العناية بعد أن نقله حيث قال : وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ إشارة إلى قوله فعطب به إنسان لم يضمن ، وهو بالنسبة إلى الرداء فاسد ، لأن موت الإنسان بسقوط الرداء عليه غير متصور انتهى . أقول : رده مردود . إذ لايتحقق أنه يتصور أن يسقط الرداء على فم الصغير بل على فم الكبير أيضا في حالة النوم بل في حالة اليقظة أيضا فيختنق بذلك فيموت . نعم تحقق مثل هذه الصورة نادر ، لكن إمكان وقوعه كاف في تعميم المسئلة كما لايتحقق . ثم إن بعض الفضلاء قصد الجواب عن رد صاحب العناية بوجه آخر فقال : ولك أن تقول : قوله فسقط فعطب به إنسان : يعنى أن هذا اللفظ يشمل الوجهين ، بخلاف قوله فسقط على إنسان فعطب فراه

والسعة للإمام فكان جنائية بهذا الاعتبار والجنائية تعد لا محالة . قوله (وهذا اللفظ) يعنى قوله فعطب به فهو ضامن (يشمل الوجهين) وهما تلف الإنسان بوقوع الشيء المحمول عليه ، وتلفه بالتعثر به بعد ما وقع في الطريق ، وفيه نظر لأن قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على إنسان وذلك لايشمل التعثر به . نعم لفظ الجامع الصغير وهو قوله محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يحمل الشيء في الطريق فيسقط منه ذلك الشيء فيعطب به إنسان فيموت قال الحامل ضامن يشملهما . والفرق بين العبارتين بين . وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ إشارة إلى قوله فعطب به إنسان لم يضمن ، وهو بالنسبة إلى الرداء فاسد لأن موت الإنسان بسقوط الرداء عليه غير متصور ، ولعل المصنف رحمه الله نظر إلى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه . وقوله (فيخرج بالتقييد بما ذكرنا) يعنى بوصف السلامة . وقوله (ما لا يلبسه عادة) يعنى مثل اللبد والحوالي ودروع الحرب . في غير موضع الحرب ، وكذا إذا لبس زيادة على ما يحتاج إليه على رواية ابن سماعه عن محمد رحمه الله لعدم

(قوله وهو بالنسبة إلى الرداء فاسد) أقول : ولك أن تقول : قوله فسقط فعطب به إنسان : يعنى أن هذا اللفظ يشمل الوجهين ، بخلاف قوله فسقط على إنسان فعطب فراه الفرق بين اللفظين نفسيهما مع قطع النظر عن الغير ، ولوسلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازا لاخصوصه ألا يرى إلى دليله والمنقول عن محمد فيشمل مثل الدرع ، ولا يبعد موت الإنسان مثل الصغير بسقوطه عليه ، ولا يبعد حل قول الشارح

للعشيرة فعلى رجل منهم فيه قنديلا أو جعل فيه بوارى أو حصاة فعطب به رجل لم يضمن ، وإن كان الذى فعل ذلك من غير العشيرة ضمن (قالوا : هذا عند أبى حنيفة ، وقالوا : لا يضمن فى الوجهين جميعا ، لأن هذه من القرب وكل أحد مأذون فى إقامتها فلا بتقيد بشرط السلامة ، كما إذا فعله بإذن واحد من أهل المسجد . ولأبى حنيفة وهو الفرق أن التدبير فيها يتعلق بالمسجد لأهله دون غيرهم كنصب الإمام واختيار المتولى وفتح بابه وإغلاقه وتكرار الجماعة إذا سبقهم بها غير أهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا أو مباحا مقيدا بشرط السلامة ، وقصد القربة لا ينافى الغرامة إذا أخطأ الطريق كما إذا تفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستئذان من أهله . قال (وإن جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن إن كان فى الصلاة ، وإن كان فى غير الصلاة ضمن) وهذا عند أبى حنيفة ، وقالوا : لا يضمن على كل حال .

الفرق بين اللفظين نفسيهما مع قطع النظر عن الغير . ولوسلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازا لاخصوصه : ألا يرى إلى دليله إلى هنا لفظه . أقول : كل من مقدمات كلامه كاسد . أما قوله يعنى أن هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على إنسان فمراده الفرق بين اللفظين نفسيهما مع قطع النظر عن الغير ، فلأن الفرق بين اللفظين نفسيهما بدون أن يكون له تأثير فيما نحن فيه من المسئلة يكون خارجا من الفقه بل يكون بمنزلة اللغو من الكلام هاهنا ، ومثله لا يليق بمن له أدنى تمييز فضلا عن المصنف الذى هو علم فى التحقيق . وأما قوله ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازا لاخصوصه ، فلأن الحجاز لا بد فيه من قرينة ولا قرينة فيما نحن فيه . وأما قوله ألا يرى إلى دليله فلأن عموم الدليل لا يقتضى عموم المسئلة : ألا يرى أن كلية الكبرى شرط فى إنتاج الشكل الأول مع كون النتيجة خاصة (قوله وقالوا : لا يضمن فى الوجهين جميعا) أى فيما إذا فعل ذلك أحد من العشيرة ، وفيما إذا فعله أحد من غير العشيرة . قال صاحب معراج الدراية : قوله وقالوا لا يضمن فى الوجهين وهما إذن الإمام أو العشيرة أو عدم إذنهما ، وتبعه الشارح العيني . أقول : تفسير الوجهين هنا بما ذكره ذلك الشارحان لا يطابق المشروح كما

عموم البلوى به . وقوله (للعشيرة) يعنى أهل المسجد . وقوله (ضمن) يعنى إذا فعل ذلك بغير إذن أحد من العشيرة بدليل قوله من بعد كما إذا فعله بإذن واحد من أهل المسجد . وقوله (كنصب الإمام) يعنى إذا لم يكن البانى موجودا ، أما إذا كان فنصب الإمام إليه وهو مختار الإسكاف رحمه الله : قال أبو الليث رحمه الله : وبه نأخذ إلا أن ينصب شخصا والقوم يريدون من هو أصلح منه ، ويجوز أن يكون المصنف رحمه الله اختار قول ابن سلام إن القوم أولى بنصب الإمام والمؤذن ، والبانى أولى بالعمارة . وقوله (وتكرار الجماعة إذا سبقهم بها غير أهله) فلم يكرر الجماعة ، بخلاف ما إذا سبقوا بها فإنه ليس لغيرهم أن يكرر الجماعة . وقوله (وقصد القربة لا ينافى الغرامة) جواب عن قولهما لأن هذه من القرب . وقوله (كما إذا انفرد بالشهادة على الزنا) فإنه قصد القربة لكن أخطأ الطريق ، فإن شرطها أن يكون الشهود أربعة ممن تسع شهادته ، فإذا انقضت انقلبت قذفا واستوجب الحد . قال (وإن جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل الخ) وإن جلس فى المسجد رجل من العشيرة فعطب به رجل فيما إن كان فى الصلاة أو لم يكن فيها ، فإن كان فى الصلاة فلا ضمان عليه سواء كانت الصلاة فرضا أو نفلا لأن النفل بالشروع يصير فرضا ، وإن لم يكن فيها بل كان قاعدا لغيرها ضمن عند أبى حنيفة رحمه الله . وقالوا : لا يضمن على كل حال

ولعل المصنف نظر إلى المعطوف الخ على هذا فتأمل (قال المصنف : وقالوا : لا يضمن فى الوجهين جميعا) أقول : قال الكاكي : وهما إذن الإمام أو العشيرة أو عدم إذنهما ، وبه قال الشافعى فى وجه ومالك وأحمد . قال الحلوانى : وأكثر مشايخنا أخذوا بقولهما فى هذه المسئلة ، وعليه الفتوى ، كذا فى الذخيرة انتهى كلام الكاكي . وقوله وهما إذن الإمام الخ محل كلام (قوله بل كان قاعدا لغيرها) أقول : قوله بل كان قاعدا لغيرها لا يطابق المشروح ، فإن القعود لما محل الاختلاف أيضا على تقرير المصنف ، فالأولى القصر على قوله أو لم يكن فيها

ولو كان جالسا لقراءة القرآن أو لتعليم أو للصلاة أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه مارا أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف ، وأما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف ، وقيل لا يضمن

لا يخفى على ذي مسكة (قوله ولو كان جالسا لقراءة القرآن أو لتعليم أو للصلاة أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة) ومرة فيه مارا أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف (قال صاحب العناية في شرح هذا المحل : ولو كان جالسا لقراءة القرآن أو لتعليم : أى تعليم الفقه أو الحديث أو للصلاة : يعنى منتظرا لها أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه مارا أو قعد فيه لحديث قال المصنف : فهو على هذا الاختلاف ، وهو اختيار بعض أصحابنا ، واختاره أبو بكر الرازى ، وقال بعضهم . وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني : ليس فيها خلاف ، بل لاضمان فيه بالاتفاق انتهى . أقول : في تقريره خلل ، فإن الاختلاف بين أصحابنا ، واختيار أبي بكر الرازى قول بعضهم وأبي عبد الله الجرجاني قول البعض الآخر إنما هو فيما إذا قعد للعبادة بأن كان ينتظر الصلاة أو قعد للتدريس وتعليم الفقه أو الاعتكاف أو قعد يذكر الله أو يسبحه أو يقرأ القرآن فعثر به إنسان فمات ، وأما فيما إذا قعد لحديث أو نام فيه أو أقام فيه لغير الصلاة أو مر فيه مارا فعثر به إنسان فمات ففيه اختلاف بين أبي حنيفة وبين صاحبيه بلا خلاف لأحد من أصحابنا على ما بين : وفصل في الذخيرة والمحيط البرهاني وذكر في النهاية أيضا نقلًا عن الذخيرة : ولا ريب أن ما ذكره المصنف هنا من الصور فقال : فهو على هذا الاختلاف يشمل القسمين فكيف يتم قول صاحب العناية على الإطلاق وهو اختيار بعض أصحابنا إلى آخر كلامه . ثم قال صاحب العناية : ولقائل أن يقول : في عبارة الكتاب تكرار ، لأنه قال : وإن كان في غير الصلاة ضمن وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله . والجواب أن قوله وإن كان في غير الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير ، وقوله ولو كان جالسا لقراءة القرآن من لفظ المصنف بيان لذلك انتهى . أقول : في كل واحد من سؤالي وجوابه سقامة . أما في الأول فلأن وضع المسئلة فيما قال وإن كان في غير الصلاة إنما كان في الجلوس في المسجد فكيف يشمل قوله وإن كان في غير الصلاة ضمن هذا المذكور كله ، ومنه ما ليس من جنس الجلوس كالنوم فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة والمرور فيه مارا . وأما في الثاني فلأن لفظ الجامع الصغير مختص بالجلوس في المسجد ، ولفظ المصنف شامل للجلوس وغيره كما عرفت آنفا فكيف يكون هذا بيانا لذلك . ثم قال : وقوله فهو على هذا

(ولو كان جالسا لقراءة القرآن أو لتعليم) أى لتعليم الفقه أو الحديث (أو للصلاة) يعنى منتظرا لها (أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه مارا أو قعد فيه لحديث) قال المصنف رحمه الله (فهو على هذا الاختلاف) وهو اختيار بعض أصحابنا ، واختاره أبو بكر الرازى . وقال بعضهم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيه خلاف ، بل لاضمان فيه بالاتفاق ، ولقائل أن يقول : في عبارة الكتاب تكرار ، لأنه قال : وإن كان في غير الصلاة ضمن وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله . والجواب أن قوله وإن كان في غير الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير . وقوله ولو كان جالسا لقراءة القرآن من لفظ المصنف بيان لذلك لكن قوله فهو على هذا الاختلاف يفيد اتفاق المشايخ على ذلك ، وليس كذلك بل هو على الاختلاف كما رأيت ،

(قال المصنف : فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض أصحابنا ، واختاره أبو بكر الرازى . وقال بعضهم : وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيها خلاف الخ) أقول : نظم الكلام في سمط واحد وفيه تفصيل ، فإنه ذكر شمس الأئمة أن الصحيح من مذهب أبي حنيفة الجالس لا ينتظر الصلاة لا يضمن ، وإنما الخلاف في عمل لا يكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القرآن ودرس الفقه والحديث . وذكر الفقيه أبو جعفر في كشف الغوامض : سمعت أبا بكر يقول : إن جلس لقراءة القرآن أو معتكفا لا يضمن بالإجماع . وذكر فخر الإسلام والصدر الشهيد أنه إن جلس للحديث يضمن بالإجماع . وذكر في الذخيرة أنه إذا قعد فيه لحديث : أو نام أو أقام فيه لغير الصلاة أو مر فيه مارا ضمن عنده ، وقال : لا يضمن وإن قعد للعبادة كانتظار الصلاة أو الاعتكاف أو قراءة القرآن أو للتدريس أو للذكر اختلف المتأخرون فيه على قوله ؛ فقال بعضهم يضمن وإليه ذهب أبو بكر الرازى . وقال بعضهم لا يضمن وإليه ذهب أبو عبد الله الجرجاني ، كذا في النهاية وغيره ، ويعلم منه ما في كلام الشيخ الشارح حيث بين أن الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه اتفاق (قوله يشمل هذا المذكور كله) أقول : فيه أنه لا يشمل المرور بل النوم فيها ، فإن المستتر في كان ضمير الجلوس أو الرجل الجالس ، إلا أن يقال : للأكثر حكم الكل .

بالإتفاق . لهما أن المسجد إنما بنى للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لأنه من ضرورات الصلاة ، أو لأن المنتظر للصلاة في الصلاة حكما بالحديث فلا يضمن كما إذا كان في الصلاة . وله أن المسجد إنما بنى للصلاة ، وهذه الأشياء ملحقة بها فلا بد من إظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للأصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة ولا غرو أن يكون الفعل مباحا أو مندوبا إليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرعى إلى الكافر أو إلى الصيد والمشى في الطريق والمشى في المسجد إذا وطئ غيره والنوم فيه إذا انقلب على غيره (وإن جلس رجل من غير العشيرة فيه للصلاة فتعقل به إنسان ينبغي أن لا يضمن لأن المسجد بنى للصلاة وأمر الصلاة بالجماعة إن كان مقوضا إلى أهل المسجد فلكل واحد من المسلمين أن يصلي فيه وحده .

الاختلاف يفيد اتفاق المشايخ على ذلك وليس كذلك ، بل هو على الاختلاف كما رأيت . أقول : لانسلم أنه يفيد اتفاق المشايخ على ذلك لحوا أن يكون مختار المصنف أيضا ما اختاره أبو بكر الرازي ، فبناء على ذلك لم يذكر القول الآخر ، ومثل هذا ليس بعزيز في كلمات المشايخ . ثم قال : وكان من حق الكلام أن يقول : فقد قيل على هذا الاختلاف ، وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف انتهى . أقول : لعل سر أن المصنف لم يقل هكذا هو أن مذكوره من الصور مشتمل على ما ليس من جنس العبادة أيضا ، ولم يقل أحد بأنه لا يضمن في هذا القسم بلا خلاف كما بيناه فيما قبل ، فلو قال المصنف مثل ما زعمه صاحب العناية حق الكلام لاختل كلامه كاختلال كلام ذلك الشارح في شرحه كما مر حيث يلزم أن يدرج في اختلاف المشايخ محل الوفاق أيضا فقال : وهو على هذا الاختلاف بالبتات جريا على اتفاقهم على وقوع الاختلاف فيما هو من غير جنس العبادة واختيارا لما اختاره أبو بكر الرازي فيما هو من جنس العبادة تأمل . فإن هذا معنى لطيف وتوجيه حسن (قوله لهما أن المسجد إنما بنى للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها فكان الجلوس مباحا الخ) أقول : هذا التعليل قاصر عن إفادة مدعاهما في بعض من المسائل المذكورة كالنوم في المسجد والمرور فيه والقعود فيه لحديث : فإن شيئا منها ليس من الصلاة ولا من الذكر ولا من ضرورات الصلاة ولا من الانتظار للصلاة فلا يتم التقريب .

وكان من حق الكلام أن يقول : فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف . وقوله (لهما أن المسجد إنما بنى للصلاة والذكر) قال الله تعالى - في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له بالغدو والآصال - وقوله تعالى - وأنتم عاكفون في المساجد - وقوله (وله أن المسجد إنما بنى للصلاة) لأن المسجد موضع السجود ، ألا يرى أن المسجد إذا ضاق على المصلي كان له إزعاج القاعد فيه المشتغل بالذكر والقراءة والتدريس لأنه يطلب موضعه الأصلي دون العكس ، وما عرف الناس المسجد إلا لأجل الصلاة فيه ، ولا دلالة لما ذكرنا من الآيتين على ما سوى الإذن والعكوف به وليس الكلام فيه ، وكونها من ضرورات الصلاة مسلم لكن لا بد من التفرقة بين الموضوع الأصلي وما ألحق به ، والباقي واضح .

(قال المصنف : لهما أن المسجد إنما بنى للصلاة والذكر ، ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لأنه من ضرورات الصلاة) أقول : لا يخفى عليك أحصية الدليل من المعنى إلا أن يلحق سائر المباحات مثل المرور والقعود للحديث ، لأن المناط هو الإباحة ؛ ألا يرى إلى قوله فكان الجلوس مباحا وفيه تأمل فإنهما حيث يتحاجبان إلى الفرق بين هذا وبين سائر المباحات المقيدة بشرط السلامة . وأما المذكور في الكتاب فهو إباحة معلقة بكونه من ضرورات الصلاة فلا يحتاج إلى الفرق ، لأن المناط ليس مطلق الإباحة ، بل الإباحة المقيدة بالمعلقة بما ذكر (قوله لأن المسجد موضع السجود) أقول : هذا دليل لنوى (قوله ألا يرى) أقول : هذا دليل شرعا (قوله وما عرف الناس الخ) أقول : هذا دليل عرفي .

(فصل في الحائط المائل)

قال (وإذا مال الحائط إلى طريق المسلمين فطوب صاحبُه بنقضه وأشهد عليه فلم ينقضه في مدة بقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس أو مال) والقياس أن لا يضمن لأنه لا صنع منه مباشرة ، ولا مباشرة شرط هو متعدّد فيه ، لأن أصل البناء كان في ملكه ، والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الأشهاد . وجه الاستحسان أن الحائط لما مال إلى الطريق فقد اشتمل هواء طريق المسلمين بملكه ورفع في يده ، فإذا تقدم إليه وطوب بتفريغه يجب عليه فإذا امتنع صار متعددا بمنزلة مالووقع ثوب إنسان في حجره يصير متعددا بالامتناع عن التسليم إذا طوب به كذا هذا ، بخلاف ما قبل الإشهاد لأنه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ، ولأننا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على أنفسهم فيتضررون به ، ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع هذا الضرر ، وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ، ثم فيما تلف به من النفوس يجب الدية وتحملها العاقلة ، لأنه في كونه جنائية دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بالطريق الأولى كيلا يؤدي إلى استئصاله والإجحاف به ، وما تلف به من الأموال كاللدواب والعروض يجب ضمانها في ماله ، لأن العواقل لا تعقل المال والشرط التقدم إليه وطلب النقض منه دون الإشهاد ، وإنما ذكر الإشهاد ليتمكن من إثباته عند إنكاره فكان من باب الاحتياط . وصورة الإشهاد أن يقول الرجل :

(فصل في أحكام الحائط المائل)

لما ذكر أحكام القتل الذي يتعلق بالإنسان مباشرة أو تسببا شرع في بيان أحكام القتل الذي يتعلق بالجماد وهو الحائط . المائل ، وكان من حقها أن تؤخر عن مسائل جميع الحيوانات تقدما للحيوان على الجماد ، إلا أن الحائط المائل لما ناسب الجرح والروشن والجناح والكنيف وغيرها ألحق مسائلها بها ولهذا أتى بلفظ الفصل لا بلفظ الباب ، كذا في النهاية وغيرها

(فصل في الحائط المائل)

لما كان الحائط المائل يناسب الجرح والروشن والجناح والكنيف وغيرها ألحق مسائلها بها في فصل على حدة . قال (وإذا مال حائط إلى طريق المسلمين الخ) أخذ الشافعي رحمه الله في هذه المسئلة بوجه القياس ولم يوجب الضمان ، وعلمائنا رحمهم الله استحسنا إيجاب الضمان وهو مروي عن علي رضي الله عنه وشريح والنخعي والشعبي وغيرهم من التابعين رحمهم الله ، والوجه من الجانبين مذكور في الكتاب . وقوله (وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام) كالرأي إلى الكفار وإن تترسوا بالمسلمين وقطع العضو للأكلة عند خوف هلاك النفس . وقوله (وتحملها العاقلة) قال محمد رحمه الله : إن العاقلة لا تتحمل حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء : على التقدم إليه في النقد ، وعلى أنه مات من سقوطه عليه ، وعلى أن الدار له ، لأن كون الدار في يده ظاهر والظاهر لا يستحق به حق على الغير . وقوله (والشرط التقدم إليه) وهو أن يقول صاحب الحق لصاحب الحائط إن حائطك هذا مخوف أو يقول مائل فانهقضه أو اهدمه حتى لا يسقط ولا يتلف شيئا . ولو قال ينبغي أن تهدمه فذاك مشورة ، ويشترط أن يكون التقدم من صاحب حق كواحد من العامة مسلما كان أو ذميا أو صبيا أو امرأة إن مال إلى طريقهم وواحد من أصحاب السكة الخاصة إن مال إليها وصاحب الدار أو سكانها إن مال إليها ، وأن يكون إلى من له ولاية التفريغ حتى لو تقدم إلى من يسكن الدار بإجارة أو إعارة فلم ينقض حتى سقط على إنسان فلا ضمان على أحد . وقوله (والشرط هو التقدم دون الإشهاد

(فصل في الحائط المائل)

(قوله مسلما كان أو ذميا أو صبيا) أقول : أي ماذونا أو عبدا كذلك .

شهدوا أنى قد تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ، ولا يصح الإشهاد قبل أن يهوى الحائط لأنعدام التعدى . قال (ولو بنى الحائط مائلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير إشهاد) لأن البناء تعدى ابتداء كما في إشراع الجناح . قال (وتقبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتين على التقدم) لأن هذه ليست بشهادة على القتل ، وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لأنه لا بد من إمكان النقض ليصير بتركه جانبا ، ويستوى أن يطالبه بنقضه مسلم أو ذمى ، لأن الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم إليه من كل واحد منهم رجلا كان أو امرأة حراً كان أو مكاتباً . ويصح التقدم إليه عند السلطان وغيره لأنه مطالبة بالتفريغ فينفرد كل صاحب حق به . قال (وإن مال إلى دار رجل فالمطالبة إلى مالك الدار خاصة) لأن الحق له على الخصوص ، وإن كان فيها سكان لهم أن يطالبوه لأن لهم المطالبة بإزالة ما شغل الدار فكذلك بإزالة ما شغل هواها ، ولو أجله صاحب الدار أو أبراه منها أو فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ، ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لأن الحق لهم ، بخلاف ما إذا مال إلى الطريق فأجله القاضي أو من أشهد عليه حيث لا يصح ، لأن الحق للجماعة المسلمين وليس إليهما إبطال حقهم . ولو باع الدار بعد ما أشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه لأن الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع ، بخلاف إشراع الجناح لأنه كان جانبا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا . ولا ضمان على المشتري لأنه لم يشهد عليه ، ولو أشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طوبى به ، والأصل أنه يصح التقدم إلى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ، ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم إليه كالمرتبة والمستأجر والمودع وساكن الدار . ويصح التقدم إلى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك وإلى الوصى وإلى أبي اليتيم أو أمه في حائط الصبي لقيام الولاية ، وذكر الأم في الزيادات والضمان في مال اليتيم لأن فعل هؤلاء كفعله ، وإلى المكاتب لأن الولاية له ، وإلى العبد التاجر سواء كان عليه

(قوله والأصل أنه يصح التقدم إلى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم إليه) أقول : لقائل أن يقول : ينقض هذا الأصل بما ساقى في الكتاب من أنه يصح التقدم إلى أحد الورثة في نصيبه وإن كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده . ويمكن الجواب عنه بوجهين : أحدهما أنه يجوز أن يكون هذا الأصل على موجب القياس وما ساقى في الكتاب جواب الاستحسان . ووجهه ما ذكر هناك . وأما جواب القياس فيه فهو أن لا يضمن أحد من الورثة شيئاً ، أما الذى تقدم إليه فلعدم تمكنه من النقض ، وأما غيره من الورثة فلعدم التقدم إليهم ، وقد صرح بذلك في المبسوط ، وذكر في الشروح أيضاً فيما سيجىء . وثانيهما أنه يجوز أن يكون المراد هنا بمن يتمكن من نقض الحائط من يتمكن منه وحده أو مع مشاركة غيره ، ومن لا يتمكن منه من لا يتمكن منه أصلاً ، وأحد الورثة في المسئلة الآتية وإن لم يتمكن من نقض الحائط وحده إلا أنه يتمكن منه مع مشاركة سائر الورثة فلا انتقاض (قوله والضمان في مال اليتيم) أقول : في هذا الإطلاق نوع قصور ،

حتى لو اعترف صاحبه أنه طوبى بنقضه وجب عليه الضمان وإن لم يشهد عليه . وقوله (لأن فعل هؤلاء كفعله) أى فعل الوصى والأب والأم كفعل الصبي ، والتقدم إليهم كالتقدم على الصبي بعد بلوغه . فإن قيل : لو كان كذلك لما هدر القتل بسقوط الحائط إذا بلغ الصبي بعد التقدم إلى الأب والوصى . أجيب بأن التقدم إليهما جعل كالتقدم إلى الصغيرة مادامت ولايتهما باقية وقد زالت بالبلوغ فصار كأن التقدم لم يوجد في حق الصغير ، ثم إنهما في ترك الهدم يعملان للصبي وينظران له فكان الضمان في ماله . فإن قيل : الوصى إذا ترك النقض بعد التقدم إليه ألحق ضرراً بمال اليتيم فكان الواجب أن يكون الضمان عليه .

(قال المصنف : ولا ضمان على المشتري لأنه لم يشهد عليه) أقول : الأظهر أن يقال : لأنه لم يتقدم إليه .

دين أو لم يكن لأن ولاية النقض له ، ثم التلف بالسقوط إن كان مالا فهو في عتق العبد . وإن كان نفسا فهو على عاقلة المولى لأن الإشهاد من وجه على المولى وضمان المسأل أليق بالعبد وضمان النفس بالمولى . ويصح التقدم إلى أحد الورثة في نصيبه وإن كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكته من إصلاح نصيبه بطريقة وهو المرافعة إلى القاضى (ولو سقط الحائط المسأل على إنسان بعد الإشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه) لأن التفريغ عنه إلى الأولياء لا إليه (وإن عطب بالنقض ضمنه) لأن التفريغ إليه إذ النقض ملكه والإشهاد على الحائط إشهاد على النقض لأن المقصود امتناع الشغل (ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهى ملكه ضمنه لأن التفريغ إليه (وإن كان ملك غيره لا يضمنه) لأن التفريغ إلى مالكها) قال (وإن كان

لأن ما تلف بالحائط المسأل إن كان من النفوس يجب الدية على عاقلة صاحب الحائط لا في ماله ، وإن كان من الأموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله ، وقد مر هذا كله في الكتاب . فكون الضمان في مال اليتيم إنما يتصور في تلف الأموال

أجيب بأن في ترك النقض دفع مضرّة متحققة وهى مضرّة مؤنة النقض وبنائه ثانيا . وفي نقضه دفع مضرّة موهومة لجواز أن لا يسقط وإن سقط لا يهلك به شيء فكان تركه أنظر للصبي فلا يلزم الوصى ضمان . وقوله (في عتق العبد) يعنى يباع فيه كما يباع في ديون تجارته ، وكان القياس أن يكون ذلك على المولى كضمان النفس ، ولكننا استحسنا الفرق بينهما فقلنا : العبد في ضمان التزام المال كالحجر فإنه ينفك الحجر عنه في اكتساب سبب ذلك ، وفي التزام ضمان الجناية على النفس كالحجور عليه لأن فك الحجر بالإذن لم يتناول ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى . وقوله (لأن الإشهاد على المولى من وجه) أما إذا لم يكن على العبد دين فظاهر لأن الملك في الدار للمولى ربة وتصرفا والعبد خصم من جهته ؛ ألا ترى أنه لو ادعى إنسان حقا في دار بيد مأذون له ينتصب خصما فكان الإشهاد عليه لإشهادا على المولى من وجه . وأما إذا كان عليه دين فعندما ظاهر ، وعند أبي حنيفة رحمه الله للمولى أن يستخلصه بقضاء الدين فكان هذا تقدما إلى المولى من وجه وتقدما إلى العبد من وجه ، فاعتبر في ضمان الأنفس تقدما إلى المولى لما ذكرنا أن فك الحجر بالإذن لم يتناول ذلك ، وفي ضمان الأموال تقدما إلى العبد لأنه كالحجر فيه كما مر . وقوله (ويصح التقدم إلى أحد الورثة في نصيبه) يعنى لو هلك أحد بسقوطه بعد ذلك ضمن ذلك الواحد بقدر نصيبه فيه . وهذا جواب الاستحسان ، ووجهه ما ذكر في الكتاب . وأما جواب القياس فهو أن لا يضمن أحد منهم شيئا ، أما الذى تقدم إليه فلعدم تمكنه من النقض فلم يكن التقدم إليه مفيدا ، وأما غيره من الورثة فلعدم التقدم إليهم فلم يوجد التعدى من واحد منهم في ترك التفريغ . والجواب أن الإشهاد على جماعتهم يتعذر عادة ، فلو لم يصح الإشهاد على بعضهم في نصيبه أدى إلى الضرر وهو مدفوع . وقوله (فعطب لا يضمنه) أى لا يضمن صاحب الحائط القتيل الثانى (لأن التفريغ عنه) أى القتل الأول برفعه مفوض إلى أوليائه لأنهم الذين يتولون دفنه ، وطولب بالفرق بينهما وبين ما إذا وقع الجناح في الطريق فتعثر إنسان بنقضه ومات ثم تعثر رجل بالقتيل ومات فإن دية القتيلين جميعا على صاحب الجناح . وأجيب بأن إشرع الجناح في نفسه جناية وهو فعله فصار كأنه ألقاه بيده عليه فكان حصول القتل في الطريق مضافا إلى فعله كحصول نقض الجناح في الطريق ومن ألقى شيئا في الطريق كان ضامنا لما عطب به وإن لم يملك تفريغ الطريق عنه بخلاف مسئلة الحائط فإن نفس البناء ليس بجناية وبعد ذلك لم يوجد منه فعل يصير به جانبا لكن جعل كالفاعل بترك النقض في الطريق مع القدرة على التفريغ والترك مع القدرة وجد في حق النقض لا في حق القتيل فلذلك جعل فاعلا في حق القتيل الأول لا في حق القتيل الثانى وبهذا يعلم حكم ما عطب بالنقض وقد ذكره في الكتاب واضحا . وقوله (فسقطت) يعنى الجرة بسقوط الحائط ، يشير إلى أنه لو وقعت الجرة فأصابها إنسانا فلا ضمان عليه لأنه وضعها على

(قوله فكان تركه أنظر للصبي فلا يلزم الوصى ضمان) أقول : فإن قيل : ينبغي أن لا يقدر الوصى على النقض لأن عدمه أنظر . قلنا : المراد هو النظرية من وجه (قوله فلو لم يصح الإشهاد على بعضهم في نصيبه الخ) أقول : هو يتمكن من إصلاح نصيبه بطريقة فيكون التقدم إليه مفيدا كما ذكره المصنف .

الحائظ بين خمسة رجال أشهد على أحدهم قتل إنسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته ، وإن كانت دارين ثلاثة نفر فحفر أحدهم فيها بئرا والحفر كان بغير رضا الشريكين الآخرين أو بنى حائطا فعطب به إنسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته ، وهذا عند أبي حنيفة ، وقالوا : عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين) لهما أن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر ، وبنصيب من لم يشهد عليه هدر ، فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الأسد ونهش الحية وجرح الرجل . وله أن الموت حصل بعلقة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر : لأن أصل ذلك ليس بعلقة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل ، وإذا كان كذلك يضاف إلى العلة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك . بخلاف الجراحات فإن كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت أو كبرت على ما عرف ، إلا أن عند المزاحمة أضيف إلى الكل لعدم الأولوية ، والله أعلم .

لا في تلف النفوس فما معنى الحكم هنا بكون الضمان في مال اليتيم على الإطلاق (قوله لهما أن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما في عقر الأسد ونهش الحية وجرح الرجل) أقول : كان مدعاهما عاما للفصلين أي فصل حائظ بين خمسة وفصل دار بين ثلاثة كما أفصح عنه المصنف بقوله وقال عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين ، والدليل الذي ذكره من قبلهما خاص للفصل الأول فكان قاصرا في الظاهر عن إفادة تمام المدعى ، وعن هذا قال صاحب الكافي بعد ذكر ما ذكره المصنف من قبلهما ، وفي مسألة البئر تلقت النفس بالحفر في ملكه وفي ملك غيره فانقسم نصفين اه . والجواب من جانب المصنف هنا هو أن الدليل الذي ذكره من قبلهما وإن كان يخص الفصل الأول بعبارة إلا أنه يعم الفصل الثاني أيضا بدلالته كما لا يخفى على ذي فطنة ، فاكفى بذلك ، ولو لم يكن مدار الكلام هنا على الاكتفاء بانفهام تمام المراد لكان ما زاده صاحب الكافي أيضا قاصرا عن إفادة تمام المدعى هنا ، لأن الفصل الثاني ليس مسألة حفر البئر وحدها بل هو مسألة حفر البئر وبناء الحائظ جميعا ، وقد تعرض صاحب الكافي في التعليل لحفر البئر دون بناء الحائظ كما ترى .

ملكه وهو لا يكون متعديا فيما يحدثه في ملكه سواء كان الحائظ مائلا أو غير مائل ، كذا في المبسوط . وقوله (فعليه) أي فعلى كل واحد من حافر البئر وباني الحائظ . وقوله (وله) أي لأبي حنيفة رضي الله عنه أن الموت حصل بعلقة واحدة وهو الثقل المقدر : يعني في الحائظ ، والعمق المقدر : يعني في البئر (لأن أصل ذلك) أي أصل الثقل والعمق كما في قوله تعالى - عوان بين ذلك - (وهو القليل) أي ذلك الأصل : يعني أن الجزء اليسير ليس بمهلك حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل ، وإذا كان كذلك يضاف إلى العلة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك) ألا ترى أنه لو أشهد عليهم جميعا ثم سقط على إنسان كان على كل واحد منهم خمس الدية فيترك الإشهاد في حق الباقيين لا يزاد الواجب على من أشهد عليه ، وعلى هذا تخرج مسألة البئر فيقال لهما اجتمع في حقه معنيان . أحدهما موجب للضمان وهو التعدى بالحفر في ملك غيره ، والآخر مانع عنه وهو عدم التعدى من حيث الحفر في ملكه فيجعل المعتبر جنسا والمهذر جنسا فيلزمه نصف الضمان . ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن صفة التعدى تحققت في الثلاثين فيجب عليه ضمان الثلاثين . وقوله (بخلاف الجراحات) جواب عن قولهما كما مر في عقر الأسد ونهش الحية وجرح الرجل . وقوله (إلا أن عند المزاحمة أضيف إلى الكل لعدم الأولوية) يضاف إليه وإذا أضيف إلى الكل وبعضها معتبر في إضافة الضمان إليه وبعضها غير معتبر فجعل غير المعتبر شيئا واحدا وإن تعدد فلذلك صار الضمان نصفين فاعتبر أحدهما وأهدر الآخر ، والله تعالى أعلم .

(قوله أي فلى كل واحد منهما من حافر البئر وباني الحائظ) أقول : والأول أن يقول : وعلى ذلك الواحد إذ مرجع النصير هو افقت أحدهم .

(باب جناية البهيمة والجناية عليها)

قال (الراكب ضامن لما أوطأت الدابة ما أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت ، وكذا

(باب جناية البهيمة والجناية عليها)

لما فرغ من بيان أحكام جناية الإنسان شرع في بيان أحكام جناية البهيمة ، ولا شك في تقدم الإنسان على البهيمة رتبة ، فكذا ذكرا ، كذا ذكر في النهاية ومعراج الدراية . أقول : يرد عليه أنه لم يفرغ من بيان أحكام جناية الإنسان مطلقا بل بقي منها أحكام جناية المملوك . ولا شك أن المملوك من الإنسان أيضا مقدم على البهيمة رتبة فكان ينبغي أن يقدم عليها أيضا ذكرا ، فلم يكن القدر المذكور من التوجيه كافيا في إفادة حق المقام . وقال في غاية البيان ، وكان من حق هذا الباب أن يذكر بعد باب جناية المملوك لفصيلة النطق في المملوك ، ولكن لما كانت البهيمة ملحقة بالجمادات من حيث عدم العقل والنطق ألحق هذا الباب بباب ما يحدثه الرجل في الطريق من الجرح من نحو ذلك اهـ . أقول : يرد عليه أيضا أنه لو كان هذا الباب ملحقا بباب ما يحدثه الرجل في الطريق من الحيثية المذكورة لما ذكرت مسائل هذا الباب في باب مستقل بل كان حقها أن تذكر في فصل كما قالوا

(باب جناية البهيمة والجناية عليها)

ذكر جناية البهيمة والجناية عليها عقيب جناية الإنسان والجناية عليه في باب على حدة مما لا يحتاج إلى بيان . وقوله (لما أوطأت الدابة) الصحيح : لما وطئت الدابة . وقيل يجوز أن يكون مفعولا للإبطاء محذوفين ، وتقديره : أوطأت الدابة بيدها أو رجلها إنسانا فيكون من باب فلان يعطى . وقوله (ما أصابت) بدل من قوله لما أوطأت الدابة ، والكدم : العض بمقدم الإنسان . والخبط : الضرب باليد . والصدم : هو أن تضرب الشيء بجسديك ، ومنه اصطدم الفارس إذا ضرب أحدهما الآخر بنفسه ويقال نفحت الدابة الشيء إذا ضربته بحدّ حافرها . واعلم أن جناية الدابة لا تخاو من أوجه ثلاثة : لأنها إما أن تكون في ملك صاحبها ، أو في ملك غيره ، أو في طريق المسلمين ، فإن كانت في ملك صاحبها ملكا كاملا أو مشتركا متساويا أو متفاضلا ، فلما أن يكون صاحبها معها أو لا يكون ، فإن كان الثاني لم يضمن صاحبها وافقة كانت الدابة أو سائرة وطئت بيدها أو برجلها أو نفحت أو كدمت ، وإن كان الأول فلما أن يكون سائقا لها أو قائدا ، وإما أن يكون راکبا عليها أولا ، فإن كان الأول لم يضمن صاحبها في الوجوه كلها أتلفت نفسا أو مالا ، لأن صاحبها في هذه الوجوه متسبب لا اتصال أثر فعله بالمتلف بواسطة فعل مختار وهو الدابة ، والمتسبب إنما يضمن إذا كان متعديا ، ولا تعدى في إيقاف الدابة أو تسييرها في ملكه ، وإن كان الثاني وهو يسير فإن وطئت بيدها أو برجلها ضمن ، وإن كدمت أو نفحت بيدها أو برجلها أو ضربت بذنبها فلا ضمان لأن في الوجه الأول صاحب الدابة مباشر للإتلاف لأن ثقله وثقل الدابة اتصلا بالمتلف فكأنهما وطئا جميعا ، والمباشر ضامن متعديا كان أو لم يكن ، وفي الثاني متسبب غير متعدّ وإن كانت الجناية في ملك غير صاحبها ، فلما أن أدخلها صاحبها فيه أولا ، فإن كان الثاني فلا ضمان عليه على كل حال لأنه ليس بمتسبب ولا مباشر ، وإن كان الأول فعليه الضمان على كل حال سواء كان معها سائقها أو قائدها أولا أو سائرة ، لأن صاحبها إما مباشر أو متسبب متعدّ ، إذ ليس له إيقاف الدابة وتسييرها في ملك الغير بغير إذنه ، وإن كانت في طريق المسلمين وقد أوقفها صاحبها فعليه ضمان ما تلف في الوجوه كلها لأنه بالإيقاف متسبب متعدّ ، إذ ليس له

(باب جناية البهيمة والجناية عليها)

(قوله ذكر جناية البهيمة والجناية عليها الخ) أقول : فإن قيل : ما ذكر في هذا الباب جناية إنسان ولذلك يجب الضمان من ماله أو على عاقلته . قلنا بل أودع الله سبحانه وتعالى في البهائم إرادة وإدراكا صحح إضافة الجناية إليها ، ولزوم الضمان على غيرها لا ينافي تلك الإضافة كما في الجنائي والعاقلة (قوله وقيل يجوز أن يكون مفعولا للإبطاء محذوفين) أقول القائل هو الإيتاني (قوله وإن كانت في طريق المسلمين وقد أوقفها صاحبها فعليه ضمان ما أتلفت في الوجوه كلها) أقول : هذا إذا أوقفها لغير البول والروث .

إذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها) والأصل أن المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لأنه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالإباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ، ثم إننا يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابيه وهو مفتوح ، والاحتراز عن الإيذاء وما يضاهيه ممكن ، فإنه ليس من ضرورات التيسير فقيدها بشرط السلامة عنه ، والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به (فإن أوقفها في الطريق ضمن النفحة أيضا) لأنه يمكنه التحرز عن الإيقاف وإن لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا في الإيقاف وشغل الطريق به فيضمنه . قال (وإن أصابت يدها أو برجلها حصاة أو نواة أو أثارت غبارا أو حجرا صغيرا ففقا عين إنسان أو أفسد ثوبه لم يضمن ، وإن كان حجرا كبيرا ضمن) لأنه في الوجه الأول لا يمكن التحرز عنه ، إذ سير الدواب لا يعرى عنه ، وفي الثاني يمكن لأنه ينفك عن السير عادة ، وإنما ذلك بتعنيف الراكب والمرتد في ذكرنا كالراكب لأن المعنى

في فصل الحائض المائل تدبر (قوله ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها) قال الشراح قاطبة : يقال نفحت الدابة شيئا إذا ضربته بحدّ حافرها . وقال صاحب النهاية بعد ذلك : كذا في الصحاح والمغرب ، واقتنى أثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية . أقول : كون المذكور في المغرب كذلك مسلم فإنه قال فيه : نفحته الدابة ضربته بحدّ حافرها ، وأما كون المذكور في الصحاح كذلك فممنوع ، إذ لم يعتبر فيه كون الضرب بحدّ الحافر بل قال فيه : ونفحت الناقة ضربت برجلها . ثم أقول : بقي إشكال في عبارة الكتاب وهو أن الذي يظهر مما ذكر في كتب اللغة وما ذكره الشراح هنا أن لا تكون النفحة إلا بالرجل فيلزم أن لا يصح قوله أو ذنبها في قوله ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها لأنه يقتضي أن تكون النفحة بالذنب أيضا بل يلزم أيضا استدراك قوله برجلها لأن الضرب بالرجل كان داخلا في مفهوم النفحة . لا يقال : ذكر الرجل محمول على التأكيد وذكر الذنب على التجريد . لأننا نقول : اعتبار التأكيد والتجريد معا بالنظر إلى كلمة واحدة في موضع واحد متعذر للتثاني بينهما كما لا يخفى على الفطن ، بل التأويل الصحيح أن تحمل النفحة المذكورة في الكتاب على مطلق الضرب بطريق عموم الخجاز ، فيصح ذكر الرجل والذنب

شغل طريق المسلمين بإيقاف الدابة فيه ، وإن كانت سائرة ، فإما أن يكون صاحبها معها أو لم يكن ، فإن لم يكن فأما إن سارت بإرساله أو انفلتت فإن كان الأول ضمن ما أتلقت مالم تتحول عن جهة الإرسال يمينه أو يسره لأن إرسالها بلا حفظ سبب للإتلاف وهو فيه متعذر ، وإن كان الثاني فلا ضمان عليه في الوجه كلها ، وإن كان صاحبها معها ضمن ما أتلقت راجبا كان أو سائقا أو قائدا إلا النفحة بالرجل أو الذنب لأنه مباشر أو متسبب متعذر . والغرض من هذا الإسهاب بيان قول المصنف رحمه الله : الراكب ضامن لما أوطأت الدابة ، إلى قوله : وكذا إذا صدمت أنه محمول على ما إذا لم يكن الراكب في ملكه ، لأن هذا الجواب إن استقام في قوله ما أصابت يدها أو برجلها لا يستقيم في قوله أو كدمت أو خبطت أو صدمت فيما إذا كان في ملكه على ما مر آنفا ، وذكر الأصل الذي يبنى عليه هذه القروع فقال (والأصل أن المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لأنه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس) أما أنه يتصرف في حقه فلا أن الإنسان لا يله من طريق يمشی فيه لترتيب مهماته ، فالحجر عن ذلك حرج وهو مدفوع . وأما أنه يتصرف في حق غيره فلا أن غيره فيه كهو في الاحتياج ، فبالنظر إلى حقه يستدعي الإباحة مطلقا ، وبالنظر إلى حق غيره يستدعي الحجر مطلقا ، فقلنا بإباحة مقيدة بشرط السلامة عملا بالوجهين وبقي كلامه واضحة . وقوله (والمرتد فيما ذكرنا) يعني في موجب الحناية (كالراكب لأن المعنى)

(قوله وكذا إذا صدمت أنه محمول على ما إذا لم يكن الراكب في ملكه) أقول : يعلم كونه محمولا على ما إذا كان الراكب في الطريق ما ذكره المصنف في معرض التعليل .

لا يختلف . قال (فإن راثت أو بالت في الطريق وهي تسير فعطب به إنسان لم يضمن) لأنه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز عنه (وكذا إذا أوقفها لذلك) لأن من الدواب ما لا يفعل ذلك إلا بالإيقاف . وإن أوقفها لغير ذلك فعطب إنسان بروثها أو بولها ضمن لأنه متعدد في هذا الإيقاف لأنه ليس من ضرورات السير ، ثم هو أكثر ضررا بالمسارعة من السير لما أنه أودم منه فلا يلحق به (والسائق ضامن لما أصابت يدها أو رجلها والقائد ضامن لما أصابت يدها دون رجلها) والمراد النفحة . قال رضى الله عنه : هكذا ذكره القدوري في مختصره . وإليه مال بعض المشايخ . ووجهه أن النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه . وقال أكثر المشايخ : إن السائق لا يضمن النفحة أيضا وإن كان يراها ، إذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه .

كليهما بلا إشكال تأمل (قوله والسائق ضامن لما أصابت يدها أو رجلها والقائد ضامن لما أصابت يدها دون رجلها) هذا لفظ القدوري في مختصره . قال المصنف : والمراد النفحة . وقال صاحب النهاية في شرحه : أى من قوله لما أصابت يدها أو رجلها ، وقال : إنما فسر بهذا لأنه كان يجوز أن يراد بقوله لما أصابت يدها أو رجلها الوطء ، وقد ذكرت أنه يضمن فيه السائق والقائد من غير خلاف أحد ، وإنما الاختلاف في النفحة : ولم لو يفسر بهذا لكان للموول أن يوول ذلك بالوطء ويثبت الاختلاف فيه وليست الرواية كذلك اهـ . واقتنى أثره كثير من الشراح منهم صاحب العناية . أقول : فيه خلل : أما أولا فلأن الظاهر من قولهم : أى من قوله لما أصابت يدها أو رجلها أن يكون المراد بالإصابة بيدها وبالإصابة برجلها كليهما هو النفحة ، وليس كذلك إذ لا يطلق على الإصابة باليد النفحة وإنما يطلق عليها الخط إذا ضربت باليد ، ولو سلم إطلاق النفحة عليها أيضا بطريق التجوز فلا يجدى هنا ، إذ لافرق بين الوطء باليد والخطب الذي هو الضرب باليد في وجوب الضمان بهما على السائق والقائد بلا خلاف أحد ، فلا معنى لأن يكون المراد أحدهما دون الآخر . وأما ثانيا فلأن القدوري لم يذكر الخلاف في مسألة السائق أصلا حتى يلزم من توهم أن يكون المراد بقوله لما أصابت يدها أو رجلها هو الوطء إثبات الاختلاف في الوطء ، وإنما الذى بين الخلاف في هاتيك المسئلة هنا هو المصنف وذا فرع تفسيره مراد القدوري بالنفحة لامنشأ هذا التفسير كما يوهه كلامهم . ثم أقول : الحق عندى أن معنى قول المصنف والمراد النفحة هو أن مراد القدوري بقوله أو برجلها في مسألة السائق وبقوله دون رجلها في مسألة القائد هو النفحة ، وأنه إنما فسر بذلك ليتم قوله في مسألة القائد دون رجلها ، إذ لو كان المراد الوطء لم يتم ذلك فإن وطء الدابة برجلها يوجب الضمان على القائد أيضا بلا خلاف أحد (قوله ووجهه أن النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه) أقول : لقائل أن يقول : إن يد الدابة أيضا غائب عن بصر القائد إذ القود لا يتيسر إلا بالنظر والاتفات إلى القدام فيغيب ما في الخلف عن البصر فلا يمكنه التحرز عما أصابته يدها أيضا فينبغى أن لا يضمن ذلك أيضا فليتأمل في الدفع (قوله وقال أكثر المشايخ : إن السائق لا يضمن النفحة أيضا وإن كان يراها ، إذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه) أقول : ولقائل أن يقول : ليس على يدها أيضا ما يمنعها به كما كان فيها

أى المعنى الموجب وهو المباشرة والتصرف في الدابة بالتسيير على ما أراد (لا يختلف) لأنها في أيديهم وتحت تصرفهم . وقوله (ثم هو) يعنى الإيقاف (أكثر ضررا بالمسارعة) جواب عما يقال : سلمنا أن الإيقاف ليس من ضرورات السير لكنه مثله في كونه تصرفا في الدابة فليتحقق به ، ووجهه أنه أضرم منه (لما أنه) أى الإيقاف (أودم من السير فلا يلحق به) وقوله (والسائق ضامن) لما فرغ من بيان أحكام الراكب بين أحكام السائق والقائد . وقوله (والمراد النفحة) أى من قوله لما أصابت يدها أو رجلها ، وإنما فسر بذلك لثلا يتوهم أن المراد به الوطء فإنه يوجب الضمان على السائق والقائد بلا خلاف لأحد فيه . وقوله (وإليه مال بعض المشايخ رحمهم الله) يعنى العراقيين . وقوله (فيمكنه الاحتراز عنه) يعنى بإبعاد الدابة عن المتلف أو بإبعاده عنها . وقوله (وقال أكثر المشايخ رحمهم الله) يريد مشايخ ما وراء النهر .

(قوله وقوله لما ذكرناه) يعنى قوله فلا يمكنه التحرز . أقول : وقوله أيضا فلا يتقيد فيما لا يمكنه الاحتراز عنه لما فيه من المنع من

بخلاف الكدم لإمكانه كبجها بلجامها . وبهذا ينطق أكثر النسخ وهو الأصح . وقال الشافعي : يضمنون النفحة كلهم لأن فعلها مضاف إليهم ، والحجة عليه ما ذكرناه ، وقوله عليه الصلاة والسلام « الرجل جبار » ومعناه النفحة بالرجل ، وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب . قال (وفي الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد) لأنهما مسبيان بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة إلى مكان الجنابة فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب (إلا أن على الراكب الكفارة فيما أوطأته الدابة بيدها أو برجلها) ولا كفارة عليها (ولا على الراكب فيما وراء الإبطاء ، لأن الراكب مباشر فيه لأن التأنيث بقله وثقل الدابة تبع له ، لأن سير الدابة مضاف إليه وهي آلة له وهما مسبيان لأنه لا يتصل منهما إلى المحل شيء ، وكذا الراكب في غير الإبطاء والكفارة حكم المباشرة لاحكم التسبب ، وكذا يتعلق بالإبطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لأنه يختص بالمباشرة (ولو كان راکب وسائق قيل لا يضمن السائق ما أوطأت الدابة) لأن الراكب مباشر فيه لما ذكرناه والسائق مسبب ، والإضافة إلى المباشر أولى . وقيل الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان .

وقوله (ما ذكرناه) يعني قوله فلا يمكنه التحرز . وقوله (وقوله عليه الصلاة والسلام « الرجل جبار ») معطوف على قوله ما ذكرناه . ومعنى جبار : هدر ومعناه النفحة بالرجل لأن الوطء مضمون بالإجماع . وقوله (وانتقال الفعل) جواب عن قول الشافعي رحمه الله لأن فعلها مضاف إليهم : يعني أن ذلك يكون بالقياس على الإكراه ، ولا يكاد يصح لأن هناك الانتقال بتخويف القتل وهنا تخويف بالضرب فلا يلحق به ، قيل وفيه ضعف لأنه لم يقل بذلك قياسا على الإكراه ، وإنما قال بناء على أصل آخر وهو أن سير الدابة مضاف إلى راجعها ولا كلام فيه وإنما الكلام في النفحة ومع ذلك لا يخلو عن ضعف . والجواب القوي ما ذكره بقوله والحجة عليه ما ذكرناه ، وقوله عليه الصلاة والسلام « الرجل جبار » وأتى برواية الجامع الصغير لاشتهالها على الضابط الكلي وبيان الكفارة . وقوله (لما ذكرناه) إشارة إلى قوله لأن التلف بثقله . وقوله (على ما ذكرناه) إشارة إلى قوله لأنه لا يتصل منهما إلى المحل شيء . وقوله (لأن كل ذلك سبب الضمان) يعني أن كل واحد منهما بانفراده عامل في الإلتلاف فإن السوق لو انفرد عن الركوب أوجب ضمان ما أثقلت بالوطء ، وكذلك الركوب فلم يميز أن يضاف عمل السوق في الإلتلاف إلى الركوب ، بل كان التلف مضافا إليهما نصفين ، والمسبب إنما لا يضمن مع المباشر إذا كان سببا لا يعمل في التلف عند انفراده ، كالحفر فإنه لا يوجب التلف منفردا

التصرف وسد بابة حق يتم جوابا . وحجة الشافعي في الراكب والقائد والسائق (قوله ومع ذلك لا يخلو عن ضعف) أقول : فإنه إذا كان سير الدابة مضافا إلى راجعها تكون النفحة مضافة إليه أيضا (قوله والجواب القوي ما ذكره بقوله والحجة عليه ما ذكرناه) أقول : جواب بطريق المعارضة (قال المصنف : وقيل الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان) أقول : قال الزيلعي : ألا يرى أن محمدا ذكر في الأصل أن الراكب إذا أمر إنسانا فنخس المأمور الدابة ووطئت إنسانا كان الضمان عليهما فاشتركا في الضمان والتاخير سائق والأمر راجع ، فتبين بهذا أنها يستويان . والجواب أن المسبب إنما لا يضمن مع المباشر إذا كان السبب لا يعمل بانفراده في الإلتلاف كما في الحفر مع الإلقاء فإن الحفر لا يعمل بدون الإلقاء ، وأما إذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان وهذا منه فإن السوق مثلف وإن لم يكن على الدابة راجع بخلاف الحفر فإنه ليس بمثلف بلا إلقاء ، وعند الإلقاء وجد التلف بهما فأضيف إلى آخرهما كسئلة السفينة ، إذ كل واحد منهما لا يعمل بانفراده ، وفيما نحن فيه يعمل فيشتركان انتهى . وقرر صاحب الكفاية تعليل وجوب الضمان عليهما بقوله ذكر محمد في الأصل أن الراكب إذا أمر آخر فنخس الدابة فإن ووطئت إنسانا كان الضمان عليهما ، وعلل فقال : لأن التاخير سائق والآخر راجع ، فقد بين بما ذكر أن الراكب والسائق في ضمان ما ووطئت الدابة يشتركان ولا يختص به الراكب انتهى ، وأنت خير بأن ما ذكره الزيلعي في معرض الجواب

اللعان محظوران فوضح الفرق . هذا الذى ذكرنا إذا كانا حرين في العمد والخطأ ، ولو كانا عبدین يهدر الدم في الخطأ لأن الجنابة تعلقت برقبته دفعا وفداء ، وقد فاتت لا إلى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة ، وكذا في العمد لأن كل واحد منهما هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلا ، ولو كان أحدهما حرا والآخر عبدا في الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر ، ويبطل حق الحر المقتول في الدية . فيما زاد على القيمة لأن أصل أبي حنيفة ومحمد تجب القيمة على العاقلة لأنه ضمان الآدمي فقد أخلف بدلا بهذا القدر فيأخذها ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف ، وفي العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لأن المضمون هو النصف في العمد ، وهذا القدر يأخذها ولي المقتول ، وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته إلا قدر ما أخلف من البدل وهو نصف القيمة . قال (ومن ساق ذابة فوق السرج على رجل فقتله ضمن ، وكذا على هذا سائر أدواته كاللجام ونحوه ، وكذا ما يحمل عليها) لأنه متعد في هذا التسبب ، لأن الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد أو الإحكام فيه ، بخلاف الرداء لأنه لا يشد في العادة ، ولأنه قاصد لحفظ هذه الأشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل فيقيد بشرط السلامة . قال (ومن قاد قطارا فهو ضامن لما أوطأ ، فإن وطئ بعير إنسانا ضمن به القائد والدية على العاقلة) لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه ذلك وقد صار متعديا بالتقصير فيه ، والتسبب بوصف التعدي سبب للضمان ، إلا أن ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله (وإن كان معه سائق فالضمان عليهما)

جانبه بما ذكره من المعنى . والثاني أن ما ذكرتم قياس والقياس يصلح حجة وما صلح حجة لم يصلح مرجحا . والجواب عن الأول أن ما ذكره منقوض بالواقع في البئر بمشيه فيكون فاسدا ، وعن الثاني أن القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة اهـ . أقول : إن الجواب عن الثاني بما ذكر ليس بشيء لأن القياس إنما لا يصلح حجة في مقابلة النص إذا لم يكن ذلك النص متروك العمل به بأن عارضه نص آخر . وأما إذا كان متروك العمل به بأن عارضه نص آخر وتساقطا كما فيها نحن فيه فالقياس يصلح حجة في مقابله قطعا ، ألا يرى إلى ما تقرّر في أصول الفقه أن الدليلين إذا تعارضا وتساقطا يصار من الكتاب إلى السنة ومن السنة إلى القياس ، وقول الصحابي إن أمكن ذلك ، ولو كان القياس لا يصلح فيه حجة في مقابلة النص الذى ترك العمل به لما صح المصير

الفعل لما كان محظورا كان موجبا للضمان ، ولكن لم يظهر في حق نفسه لعدم الفائدة فسقط إيجابه للضمان في حق نفسه واعتبر في حق غيره فلذلك وجب على عاقلة كل منهما نصف الدية ، وأما فيما نحن فيه فالمشئ مباح محض فلم ينعمد موجبا للضمان في حق نفسه أصلا فكان صاحبه قاتلا له من غير معارضة أحد له في قتله ، فيجب على عاقلة كل منهما تمام دية الآخر ، كمن مشى حتى سقط في البئر ضمن الحافر وإن كان السقوط بالحفر والمشئ جميعا ، لكن لما كان المشئ مباحا لم يعتبر . وقوله (هذا الذى ذكرنا إذا كانا حرين في العمد والخطأ) أى وجوب تنصيف الدية في العمد على عاقلة كل واحد منهما ، وفي الخطأ الدية الكاملة على ما ذكر في الكتاب ، إلا أنه ذكر الخطأ في وضع المسئلة والعمد في بيان قول الخصم . وقوله (فيأخذها) أى قيمة العبد ورثة المقتول الحر ، قيل ينبغى أن تسقط عن العاقلة لأن الدية أولا تثبت للميت لاحالة والورثة يخلفونه والعاقلة يتحملون هاهنا موجب جنيته ، فلما ملك الميت ما تحمله العاقلة سقط عنهم ، كما قلنا في امرأة قطعت يد رجل خطأ فتزوجه على اليد وما يحدث منه فإن الدية تصير مهرا وتسقط عن العاقلة . وأجيب بأن السقوط إنما يكون فيما إذا كان الراجع هو الجاني وهاهنا الراجع وارثه فبالنظر إلى أن المستحق أولا هو الجاني يسقط بالنظر إلى أن الراجع غيره لا يسقط فلا يسقط بالشك ، والباقي واضح . وقوله (لأنه قاصد لحفظ هذه الأشياء) يعنى السرج وسائر الأدوات كما في المحمول على عاتقه إذا وقع على شيء فأتلفه فإنه يجب للضمان ، بخلاف اللباس فإنه لا يقصد حفظه . وقوله (على ما مر من قبل) أى في باب ما محدثه الرجل في الطريق . وقوله (ومن قاد قطارا)

لأن قائد الواحد قائد للكل ، وكذا سائقه لاتصال الأزمة ، وهذا إذا كان السائق في جانب من الإبل . أما إذا كان توسطها وأخذ بزمام واحد يضمن ماعطب بما هو خلفه ، ويضمنان ماتلف بما بين يديه لأن القائد لايقود ماخلف السائق لانفصام الزمام ، والسائق يسوق مايبكون قدامه . قال (وإن ربط رجل بعيرا إلى القطار والقائد لايعلم فوطئ المربوط إنسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية) لأنه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره . فإذا ترك الصيانة صار متعلدا ، وفي التسيب الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ (ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط) لأنه هو الذي أوقعهم في هذه العهدة ، وإنما لايجب الضمان عليهما في الابتداء وكل منهما مسبب لأن الربط من القود بمنزلة التسيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط . قالوا : هذا إذا ربط والقطار يسير لأنه أمر بالقود دلالة . فإذا لم يعلم به لايمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط ، أما إذا ربط والإبل قيام ثم قادها ضمنها القائد لأنه قد بعير غيره بغير إذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه . قال (ومن أرسل بهيمة وكان لها سائقا فأصاب في فورها يضمن) لأن الفعل انتقل إليه بواسطة السوق . قال (ولو أرسل طيرا وساقه فأصاب في فوراه لم يضمن) والفرق أن بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطيور لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة . وكذا لو أرسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن . ولو

من السنة عند التعارض والتساقط إلى القياس إذ يكون القياس إذ ذاك في مقابلة السنة لاحالة . والصواب في الجواب عن الثاني أن يقال : مراد المصنف بقوله فرجحنا بما ذكرنا أنا رجحنا قولنا بما ذكرناه من المعقول الذي ماله القياس بعد أن تعارضت روايتاه ، لا أنا رجحنا إحدى الروايتين بما ذكرناه من الدليل العقلي حتى يتجه عليه أن ما يصلح حجة لا يصلح مرجحا . بقي هاهنا شيء ، وهو أنهم صرحوا بأن ما ذكره زفر والشافعي جواب القياس وما قلناه جواب الاستحسان ، وإذا تعارضت الروايتان عن علي رضي الله عنه وتساقطنا فكان مصيرنا في إثبات قولنا إلى ما ذكرناه من المعقول الذي ماله القياس لزم أن يكون ما قلناه جواب القياس أيضا ، فما معنى قولهم إنه جواب الاستحسان ؟ والجواب أن الاستحسان لا ينحصر في النص ، بل قد يكون بالنص كما في السلم والإجارة وبقاء الصوم في النسيان ، وقد يكون بالإجماع كما في الاستصناع ، وقد يكون بالضرورة كما في طهارة الخيض والآبار ، وقد يكون بالقياس الخفي وهو الأكثر كما صرح بذلك كله في كتب الأصول ، فالمراد

القطار : الإبل تقطر على نسق واحد والجمع قطر ، وكلامه واضح . قال (وإن ربط رجل بعيرا إلى القطار الخ) رجل ربط بعيرا إلى قطار يقوده رجل . فإذا أن يعلم بربطه القائد أو لم يعلم ، فإن كان الثاني وقد وطئ المربوط إنسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لإمكان تجرزه عن ربط الغير ، فإذا ترك ذلك صار متسببا متعلدا والدية في مثله على العاقلة كما في القتل الخطأ ثم ترجع عاقلة القائد بما ضمنوا من الدية على عاقلة الرابط لأنه هو الذي أوقعهم في هذه العهدة ، كذا في الجامع الصغير . ووقع في رواية المبسوط : ضمن القائد ثم يرجع على الذي ربط البعير ، ووفق الإمام المحبوبي رحمه الله بينهما بأنه اعتبر في المبسوط حقيقة الضمان . فإنه في الحقيقة على القائد والرابط ، إلا أن العواقل تتعلل عنهما . واعتبر في الجامع الصغير حال الضمان وقراره وهو على العاقلة ، وإن كان الأول لم يرجعوا لأن القائد حين علم بالربط فقد رضى بما يلحقه من الضمان فلا يرجعون عليهم بشيء ولم يذكره لظهوره . وقوله (وإنما لايجب الضمان عليهما ابتداء) ظاهر . وقوله (قالوا) يعني أن لفظ الجامع الصغير غير متعرض للسير والوقوف ، والمشايخ رحمهم الله قالوا هذا : أي رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط إذا ربط والقطار يسير . أما إذا ربط والإبل قيام ثم قادها فإنه يضمنها القائد بلا رجوع على أحد ، والوجه ما ذكره في الكتاب . وقوله (ومن أرسل بهيمة) يريد كلبا لقوله بعده وكذا لو أرسل كلبا ، ومعنى سوقه إياه أن يمشي خلفه (ولو أرسل طيرا) أي بازيا وساقه فأصاب في فوراه بأن قتل صيدا مملوكا لم يضمن المرسل السنة لعدم اعتبار

أرسله إلى صيد ولم يكن له سائقا فأخذ الصيد وقتله حل . ووجه الفرق أن البهيمة مختارة في فعلها ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها إلى غيرها ، هذا هو الحقيقة ، إلا أن الحاجة مست في الاصطياد فأضيف إلى المرسل لأن الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة في حق ضمان العدوان . وروى عن أبي يوسف أنه أوجب الضمان في هذا كاه احتياطا صيانة لأموال الناس . قال رضى الله عنه : وذكر في المبسوط إذا أرسل دابة في طريق المسلمين فأصاب في فورها فالمرسل ضامن لأن سيرها مضاف إليه مادامت تسير على سننها ، ولو انعطفت بمنة أو يسرة انقطع حكم الإرسال إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواه وكذا إذا وقفت ثم سارت بخلاف ما إذا وقفت بعد الإرسال في الاصطياد ثم سارت فأخذت الصيد ، لأن تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لأنه تمكنه من الصيد ، وهذه تنافي مقصود المرسل وهو السير فينقطع حكم الإرسال ، وبخلاف ما إذا أرسله إلى صيد فأصاب نفسه أو مالا في فورهِ لا يضمنه من أرسله ، وفي الإرسال في الطريق يضمنه لأن شغل الطريق تعد فيضمن ما تولد منه ، أما الإرسال للاصطياد فباح ولا تسبب إلا بوصف التعدي . قال (ولو أرسل بهيمة فأفسدت زرعاً على فورهِ ضمن المرسل ، وإن مالت يمينا أو شمالاً وله طريق آخر لا يضمن لما مر ، ولو انفلتت الدابة فأصابت مالا أو آدمياً ليلاً أو نهاراً (لاضمان على صاحبها) لقوله عليه الصلاة والسلام « جرح العجماء جبار » وقال محمد رحمه الله : هي المتفلتة ، ولأن الفعل غير مضاف إليه لعدم ما يوجب النسبة إني

بالاستحسان في قولهم هنا وما قلناه جواب الاستحسان هو القياس الحقيقى المقابل للقياس الجلى فلا إشكال (قوله أما الإرسال للاصطياد فباح) قال بعض الفضلاء : نعم إلا أنه لم لا يكن مقيدا بشرط السلامة اه . أقول : جوابه يظهر بقول المصنف رحمه الله ولا تسبب إلا بوصف التعدي ، فإن كون الفعل المباح مقيدا بشرط السلامة إنما هو فيما وجد فيه التعدي كما في المرور في طريق لمسلمين حيث يوجد فيه شغل الطريق الذى هو حق العامة . وأما فيما لا يوجد فيه التعدي كما في الإرسال للاصطياد فلا معنى للتقييد بشرط السلامة ، لأن الضمان في أمثال ذلك إنما يتصور بالتسبب ولا تسبب إلا بوصف التعدي ، وحيث لم يوجد التعدي لم يتصور التسبب فلا ضمان أصلاً . وقد أوضح الفرق بين إرسال الدابة في الطريق وبين إرسال الكلب أو البازي للاصطياد في الذخيرة حيث قال : وجه الفرق أن إرسال الدابة في الطريق إذا لم يتبع مع الدابة وأمكنه الاتباع تعد من صاحبه ، فما تولد منه يكون مضمونا عليه . وأما إرسال الكلب أو البازي من غير اتباع معه فليس بتعد منه لأنه لا يمكنه الاتباع ، والمتسبب في الإلتلاف لا يضمن إلا إذا كان متعدياً اه تبصر (قوله ولأن الفعل غير مضاف إليه لعدم ما يوجب النسبة إليه من الإرسال وأخواته) وهى السوق والقود والركوب ، كذا في عامة الشروح . وقال في النهاية بعد بيانها على النمط المزبور كان من حق

السوق والإرسال فيه في حق الضمان ، حتى لو كان ذلك في الحرم وقتل صيد الحرم لم يلزمه شيء . وقوله (انقطع حكم الإرسال إلا إذا لم يكن له طريق سواه) أى سوى طريق اليمنى واليسرى بأن كان على الجادة ماء أو وحل فحينئذ لا ينقطع حكم الإرسال كما لو لم ينقطع بمنة ويسرة . وقوله (وكذلك إذا وقفت ثم سارت) أى ينقطع حكم الإرسال . وقوله (وهذه) أى وقفة الدابة تنافي مقصود المرسل وهو السير ، فإن مقصوده من الإرسال هو السير لا الوقوف . وقوله (وبخلاف) معطوف على قوله بخلاف ما إذا وقفت لأن حكمها مخالف لحكم أصل المسئلة ، وتبين به الفرق بين الإرسالين كما بين بقوله بخلاف ما إذا وقفت الفرق بين الوقتين . وقوله (على فورهِ) أى فور الإرسال وهو أن لا تميل يمينا ولا شمالاً . وقوله (لما مر) إشارة إلى قوله انقطع حكم الإرسال . وقوله (قال محمد رحمه الله : هي المتفلتة) أى العجماء التى أهدر النبي صلى الله عليه وسلم فعلها هي

(قوله بأن كان هل الجادة ماء أو وحل إلخ) أقول : فيه بحث (قال المصنف : أما الإرسال للاصطياد فباح) أقول : نعم ، إلا أنه لم لا يكون مقيدا بشرط السلامة .

من الإرسال وأخواته . قال (شاة لقصاب فقتت عنها ففيها ما نقصها) لأن المقصود منها هو اللحم فلا يعتبر إلا النقصان (وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة ، وكذا في عين الحمار والبغل والفرس) وقال الشافعي : فيه النقصان أيضا اعتبارا بالشاة . ولنا ما روى « أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى في عين الدابة بربع القيمة » وهكذا قضى عمر رضي الله عنه . ولأن فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل

اللفظ أن يقول : من الإرسال وأمثاله ، أو يقول : من الإرسال وأخواتها بتأويل الكلمة ، إذ السوق أو القود لما كان أختا لأختا للإرسال كان الإرسال أختا أيضا ، وإلا يلزم جعل بعض أسباب التعدى أختا وبعضها أختا من غير دليل اه . وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية : وليس بشيء لأنه ليس هنا مؤنث معنوى خولف فيها يقتضيه حتى يناقش على ذلك اه . أقول : ليس هذا بدافع لما قاله صاحب النهاية . فإنه لم يقل كان من حق اللفظ أن يؤتى بأداء التأنيث البتة حتى يقال : ليس هنا مؤنث معنوى يقتضى الإتيان بأداة التأنيث ، بل قال : كان حقه أن يجعل أسباب التعدى في قرن واحد من التأنيث والتأنيث بأن يقال من الإرسال وأمثاله ، أو يقال من الإرسال وأخواتها . وإلا يلزم جعل بعضها مذكرا وبعضها مؤنثا من غير أمر يدعو إليه . وما ذكره صاحب العناية لا يدفع ذلك لأحالة . ثم أقول : الوجه في دفع ذلك أن يقال : لما جاز تذكير كل واحد من تلك الأسباب باعتبار ما في ظاهر لفظ كل واحد منها وفي معناه من التذكير وجاز تأنيث كل واحد منها بتأويل لفظه بالكلمة أو تأويل معناه بالفعل صرح في كل واحد منها الوجهان . ثم إن المصنف لما قصد رعاية صنعة المطابقة وهي الجمع بين المتضادين كما في قوله تعالى - ولكم في القصاص حياة - على ما عرف ذكر بعض تلك الأسباب وأنت بعضها فقال من الإرسال وأخواته تدبر تقف (قوله ولنا ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى في عين الدابة بربع القيمة) قال في العناية : فإن قيل : يجوز أن يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما لا يؤكل لحمة . فالجواب أن المعنى الذي أوجب ذلك في غير المأكول من الحمل والركوب والزينة والحمل والعمل موجود في مأكول اللحم فيلحق به اه . أقول : في الجواب نظر ، إذ لما منع أن يمنع أن المعنى الذي أوجب ذلك في غير مأكول اللحم تلك الأمور المذكورة وحدها لجواز كون أن لا يقصد منه اللحم أصلا كما يقصد ذلك من الشاة داخل في كون ذلك المعنى أيضا وهو غير موجود في مأكول اللحم ، إذ قد يقصد منه اللحم كما تقصد تلك الأمور المذكورة أيضا فلا يتم الإلحاق كما لا يخفى (قوله ولأن فيها مقاصد سوى اللحم الخ) أقول : : فيه كلام . أما أولا فلأن

المنفصلة لا التي أرسلت ، فإن إفسادها إذا كان في فور الإرسال ليس بجبار كما ذكرنا آنفا فكان تفسيره احترازا عن الأجراء على عمومهم . وقوله (من الإرسال وأخواته) يعني السوق والقود والركوب . قال في النهاية : كان من حق الكلام أن يقول من الإرسال وأمثاله أو يقول من الإرسال وأخواتها بتأويل الكلمة إذ السوق والقود لما كان أختا لأختا للإرسال كان الإرسال أختا أيضا ، وإلا يلزم جعل بعض أسباب التعدى أختا وبعضها أختا من غير دليل ، وليس بشيء لأنه ليس هاهنا مؤنث معنوى خولف فيها يقتضيه حتى يناقش على ذلك . قال (شاة لقصاب فقتت عنها) الجزر : القطع ، وجزر الجزور : نحرها ، والجزور ما أعد من الإبل للنحر يقع على الذكر والأنثى وهي مؤنث ، وإنما قال : وجزوره ربع القيمة ولم يقل وبعيره ليتبين أن البقر والإبل وإن أعد اللحم كالشاة لا يختلف الجواب فيهما ، بل مواء كانا معدتين للحم أو للحرث والحمل والركوب ففيه ربع القيمة كما في الذي لا يؤكل لحمة كالبغل والحمار . وقال الشافعي رحمه الله : فيه النقصان واعتباره بالشاة عمل بالظاهر . ولنا ما روى خارجة ابن زيد بن ثابت عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أوجب ذلك ، وروى عن عمر رضي الله عنه أنه قضى بذلك فتركنا القياس . فإن قيل : يجوز أن يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما لا يؤكل لحمة . فالجواب أن المعنى الذي أوجب ذلك في غير المأكول من الحمل والركوب والزينة والحمل ، والعمل موجود في مأكول اللحم فيلحق به . وقوله (ولأن فيها مقاصد سوى اللحم) دليل معقول على ذلك وهو واضح . وفيه إشارة إلى الجواب عن القياس على الشاة فإن المقصود منها

(قوله أو يقول من الإرسال وأخواتها بتأويل الكلمة) أقول : الأظهر بتأويل الفعلة ، إذ ليس المراد بالإرسال وأخواتها الألفاظ بل معانيها (قوله والركوب) أقول : البقر ما خلقت للركوب والحمل ، إلا أن يقال : لا تقابل بالفصل بين البقر والإبل .

والركوب والزينة والجمال والعمل ، فمن هذا الوجه تشبه الآدمي وقد تمسك للأكل ، فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي في إيجاب الربيع وبالشبه الآخر في نفي النصف . ولأنه إنما يمكن إقامة العمل بها بأربعة أعين عيناها وعينا المستعمل فكأنها ذات أعين أربعة فيجب الربيع بقوات إحداها . قال (ومن سار على دابة في الطريق فضر بها رجل أو نخسها فنفتحت رجلا أو ضربته بيدها أو نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب) هو المروى عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ، ولأن الراكب والركب مدفوعان بدفع الناخس فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده ، ولأن الناخس متعد في تسببيه والراكب في فعله غير متعد في ترجيح جانبه في التغريم للتعدي . حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب

هذا الدليل لا يتمشى في غير مأكول اللحم كالخمار والبغل والفرس : بل هو بحكم انعكاسه يقتضي أن يكون الجواب في غير مأكول اللحم غير الجواب في مأكول اللحم مع أن الجواب فيهما متحد وإن كان كلا منهما داخل في المدعى هنا . وأما ثانيا فلأن قوله بشبه الآدمي في إيجاب الربيع : يعني عملنا بشبه الآدمي في إيجاب الربيع ليس بواضح ، لأن شبه الآدمي لا يقتضي إيجاب الربيع بل يقتضي إيجاب النصف ، لأن الواجب في الآدمي في الحناية المزبورة هو النصف ، وإنما يقتضي لإيجاب الربيع مجموع الشبهين ، كيف ولو كان مقتضى لإيجاب الربيع شبه الآدمي فقط لما احتج إلى العمل بالشبه الآخر كما لا يخفى . فالظاهر في الأداء أن يقال : فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي في إيجاب المقدر من غير اعتبار النقصان ، وبالشبه الآخر في نفي النصف الواجب في عين الآدمي فوجب الربيع عملا بهما . وقد أشار إليه صاحب الكافي حيث قال : فأشبه الإنسان من وجه والشاة من وجه فوجب تنصيف التقدير الواجب في الإنسان عملا بهما هـ . نعم مراد المصنف أيضا هذا المعنى لكن عبارته لاتساعده كما ترى (قوله ولأن الراكب والركب مدفوعان بدفع الناخس فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده) أقول : يرد عليه ما ذكره

اللحم وفقء العين لا يفوته بل هو عيب يسير فيلزم نقصان المسالية . وقوله (ولأنه إنما يمكن إقامة العمل بها) دليل آخر . وهو أيضا واضح لكن الإعتاد على الأول ؛ ألا ترى أن العينين لا يضمنان بنصف القيمة ، كذا قاله فخر الإسلام رحمه الله ، وإنما قال ذلك لأن المعمول به في هذا الباب النص وهو ورد في عين واحدة فيقتصر عليه . وقوله (أو نخسها) يعني بغير إذن الراكب والنخس هو الطعن ، ومنه نخاس الدواب دلالها . فإن قيل : القياس يقتضي أن يكون الضمان على الراكب لكونه مباشرا وإن لم يكن متعدبا لأن التعدي ليس من شرطه ، فإن لم يخص به فلا أقل من الشركة . فالجواب أن القياس يترك بالآخر ، وفيه أثر عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ، وقد أشار المصنف رحمه الله إلى الجواب بقوله ولأن الراكب والركب مدفوعان بدفع الناخس ، لأن فعل الراكب قد انتقل إلى الدابة لأن الوثبة المهلكة إنما كانت منها فكان مضطرا في حركته ، وفعل الدابة قد انتقل إلى الناخس لكونه الحامل لها على ذلك ملجئا فكان الناخس بمنزلة الدافع للدابة والراكب معاعلى ما فعل في الدابة ، والمدفوع إلى الشيء وإن كان مباشرا لا يعتبر مباشرا كما في الإكراه الكامل ، فلا يجب عليه جزاء المباشرة إن فرض مباشرا ولا التسبب أيضا لأنه يعتمد التعدي وهو مفقود . فإن قيل : ما بال النفحة أوجبت الضمان على الناخس دون الراكب والسائق أيضا عند أكثر المشايخ رحمهم الله وهي مما لا يمكن التحرز عنها ؟ فالجواب أنها لاتوجه على السائق إذا كان بالإذن وهاهنا بلا إذن ، فلو نخس وهو مأذون كان سائقا ، وإمكان التحرز إنما يمكن في حق غير المتعدي وغير المأذون بذلك متعد فلا يعتبر . وقوله (ولأن الناخس متعد في تسببيه) دليل آخر ، وفيه نظر لأن الراكب إن كان فعله معتبرا فهو مباشر والتعدي ليس من شرطه ،

(قوله والجمال والعمل موجود الخ) أقول : فيه بحث (قوله فإن قيل : القياس يقتضي أن يكون الضمان على الراكب لكونه مباشرا) أقول : ممنوع بل سبب هنا ، ويجوز أن يقال : أشار إلى هذا الشارح بقوله إن فرض مباشرا (قال المصنف : فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده) أقول : يخالف لما أسلفه في هذا الباب مجيبا عن الشافعي وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره ، وهذا

والناخس نصفين لأنه متعدّ في الإيقاف أيضا . قال (وإن نفجحت الناحس كان دمه هدرا) لأنه بمنزلة الجاني على نفسه (وإن ألفت الراكب فقتلته كان ديتة على عاقلة الناحس) لأنه متعدّ في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة . قال (ولو وثبت بنخسه على رجل أو وطئته فقتلته كان ذلك على الناحس دون الراكب) لما بيناه . والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء . وعن أبي يوسف أنه يجب الضمان على الناحس والراكب نصفين : لأن التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة ، والثاني مضاف إلى الناحس فيجب الضمان عليهما . وإن نخسها بإذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ، ولا ضمان عليه في نفجتها لأنه أمره بما يملكه ، إذ النخس في معنى السوق فصيح أمره به . وانتقل إليه لمعنى الأمر . قال (ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناحس بإذن الراكب فالدية عليهما نصفين جميعا)

فما مر في مسألة السائق والقائد جوابا عن الشافعي بقوله وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكروه ، وهذا تخويف بالضرب . وجه الورود غير خاف على الفطن الناظر في المقامين (قوله ولأن الناحس متعدّ في تسبيبه والراكب في فعله غير متعدّ فيترجح جانبه في التفرغيم للتعدي) قال صاحب العناية : فيه نظر ، لأن الراكب إن كان فعله معتبرا فهو مباشر ، والتعدي لبس من شرطه ، وإن لم يكن معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الأول . ويمكن أن يجاب عنه بأن الراكب مباشر فيما إذا تلف بالوطء لأنه يحصل التلف بالثقل كما تقدم ، وليس الكلام هنا في ذلك وإنما هو في النفع بالرجل والضرب باليد والصلمة فكانا متسبيين وترجح الناحس في التفرغيم للتعدي اه كلامه . أقول : في الجواب نظر ، لأن حاصله اختيار الشق الأول من التردد ومنع كون الراكب مباشرا فيما نحن فيه ، فيصير حينئذ مدار هذا الدليل أن يكون فعل الراكب معتبرا فيلزم أن يكون مضمون هذا الدليل منافيا لمضمون الدليل المتقدم عليه ، لأن مداره أن لا يكون فعل الراكب معتبرا لكونه مدفوعا بدفع الناحس فيتدافعا ، اللهم إلا أن يحمل أحدهما على الفرض والآخر على التحقيق فتأمل (قوله وإن نخسها بإذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ، ولا ضمان عليه في نفجتها لأنه أمره بما يملكه ، إذ النخس في معنى السوق فيصح أمره به وانتقل إليه لمعنى الأمر) أقول : لقائل أن يقول : هب أن النخس في معنى السوق وأن الراكب كان يملكه فأمر الناحس به ، لكن الأمر به إنما يتناول من حيث أنه سوق لامن حيث أنه إتلاف كما سيجيء التصريح به في المسئلة الآتية ، فن حيث أنه إتلاف ينبغي أن يقتصر على الناحس ولا ينتقل إلى الراكب فيجب على الناحس الضمان لتعدي به في الإتلاف كما في المسئلة الآتية فتفكر في الفرق ولعله تسكب فيه العبرات (قوله ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناحس بإذن الراكب فالدية عليهما جميعا)

وإن لم يكن معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الأول . ويمكن أن يجاب عنه بأن الراكب مباشر فيما إذا أتلفت بالوطء لأنه يحمل التلف بالثقل كما تقدم ، وليس الكلام هاهنا في ذلك ، وإنما هو في النفع بالرجل والضرب باليد والصلمة فكانا متسبيين ، وترجح الناحس في التفرغيم للتعدي ، وفي استعمال الترجيح هاهنا تسامح ، لأن شرطه إذا كان مفقودا لا يصلح معارضا حتى يحتاج إلى الترجيح ، ولعل معناه اعتبار موجبا في التفرغيم لأن الترجيح سبب الاعتبار فكان ذكر السبب وإرادة المسبب ، وقوله (لما بيناه) إشارة إلى قوله ولأن الراكب والمركب مدفوعان ، وفي النهاية هو قوله لأنه متعدّ في تسبيبه وليس بشيء فتأمل . وقوله (والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء) يعني يجب الضمان على الناحس في كل حال ، وقيد بملكه احترازا عما تقدم من الإيقاف في غير الملك فإنه ينتصف الضمان هناك على عاقلتهما . وقوله (والثاني) أي الوطء (مضاف إلى الناحس) لأنه كالسائق لها والسائق مع الراكب يضمنان ما وطئته الدابة ، وهذه رواية ابن سبابة عن أبي يوسف

تخويف بالضرب تأمل (قوله هاهنا تسامح لأن شرطه الخ) أقول : أي شرط سببية فعل الراكب للضمان وهو التعدي ، والضمير راجع إلى فعل الراكب ، والشرط ليس شرطا له نفسه ، بل لاعتباره في التفرغيم فيقول المعنى إلى ما ذكرنا (قوله لا يصلح معارضا) . أقول : أي لا يصلح فعل الراكب معارضا لفعل الناحس (قوله ولعل معناه الخ) أقول : فيه بحث (قوله وليس بشيء فتأمل) أقول : لورود النظر

إذا كانت في فورها الذي نخسها (لأن سيرها في تلك الحالة مضاف إليهما ، والإذن يتناول فعله السوق ولا يتناول من حيث أنه إتلاف ، فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب ، وإن كان علة للوطء فالنخس نيس بشرط لهذه العلة بل هو شرط أو علة للسير والسير علة للوطء وبهذا لا يرجع صاحب العلة ، كمن جرح إنسانا فوق في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما أن الحفر شرط علة أخرى دون علة الجرح كذا هذا . ثم قيل : يرجع النخس على الراكب بما ضمن في الإبطاء لأنه فعله بأمره . وقيل لا يرجع وهو الأصح فيما أراه . لأنه لم يأمره بالإبطاء والنخس ينفصل عنه ، وصار كما إذا أمر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت إنسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فإنهم لا يرجعون على الأمر لأنه أمره بالتسيير والإبطاء ينفصل عنه ، وكذا إذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الأمر ، ثم النخس إنما يضمن إذا كان الإبطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافا إليه ، وإذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع أثر النخس فبقي السوق مضافا إلى الراكب على الكمال (ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فأصابته في فورها فهو على النخس وكذا إذا كان لها سائق فنخسها غيره لأنه مضاف إليه ، والنخس إذا كان عبدا فالضمان في رقبته ، وإن كان صبيا ففي ماله لأنهما مؤاخذان بأفعالهما) ولو نخسها شيء منصوب في الطريق

إذا كانت في فورها الذي نخسها ، لأن سيرها في تلك الحالة مضاف إليهما (أقول : ولقائل أن يقول : الراكب مباشر فيما أتلف بالوطء لحصول التلف بثقله وثقل الدابة جميعا كما صرحوا به ، والنخس مسبب كما مر في الكتاب ، وإذا اجتمع المباشر والمسبب فالإضافة إلى المباشر أولى كما صرحوا به سيما في مسألة الراكب والسائق ، فما بالهم خرموا هنا بإضافة الفعل إلى الراكب والنخس معا وحكموا بوجوب الدية عليهما جميعا فتدبر (قوله والإذن يتناول فعله من حيث السوق ولم يتناوله من حيث أنه إتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه) قال في النهاية : أي يقتصر الضمان على النخس . أقول : ليس هذا بشرح صحيح ، إذ مقتضى هذا الوجه وهو حيثية كون فعل النخس إتلافا أن يكون النخس متعديا بكونه مسببا لخيانة الدابة ، ولا يلزم منه أن لا يوجد هناك مسبب آخر أو مباشر حتى يلزم اقتصاص الضمان على النخس وقد وجد في مسئلتنا ، فإن الراكب فيها مباشر ، ولا أقل من أن يكون أيضا مسببا فلا يقتصر الضمان على النخس بل يجب عليه وعلى الراكب جميعا كما هو جواب المسئلة . فالصواب أن مراد المصنف بقوله فمن هذا الوجه يقتصر عليه : أي فمن هذا الوجه يقتصر فعل النخس وهو النخس على النخس : أي لا ينتقل إلى الأمر وهو الراكب ، كما ينتقل إليه من وجه آخر وهو حيثية كونه سوقا كما في المسئلة الأولى ، فحيثئذ ينتظم الكلام ويتم المرام كما لا يخفى على ذوي الأفهام (قوله والنخس إذا كان عبدا فالضمان في رقبته) قال في العناية : قوله والنخس

رحمهما الله . وقوله (مضاف إليهما) أي إلى الراكب والنخس . وفي بعض النسخ إليها : أي إلى النخسة . وقوله (ولا يتناوله من حيث أنه إتلاف) لوجود انفصال السوق عن الإتلاف فليس عينه ولا من ضروراته . وقوله (يقتصر عليه) أي على النخس لأن الراكب أذن له بالسوق لا بالإبطاء والإتلاف . وقوله (والركوب وإن كان علة) جواب سؤال تقريره الراكب صاحب علة للوطء على معنى أنه يستعمل رجل الدابة في الوضع والرفع فكان ذلك بمنزلة فعل رجله حقيقة ، ولهذا يجب عليه الكفارة دون النخس ، والنخس صاحب شرط في حق فعل الوطء ، والإضافة إلى العلة أولى . ووجهه أن الركوب وإن كان علة للوطء لكن النخس ليس بشرط لهذه العلة لتأخره عن الركوب ، بل هو شرط أو علة للسير والسير علة للوطء ، فكان الوطء ثابتا بعلتين فيجب الضمان عليهما ، وقد مثل لذلك بما ذكر في الكتاب وهو واضح . وقوله (وصار كما إذا أمر صبيا يستمسك) إنما قيد بذلك لأنه إذا لم يستمسك فلا ضمان على أحد ، أما على الصبي فلأن مسكه بمنزلة الحمل على الدابة فلا يضاف السير إليه وأما على الرجل فلا لأنه لم يسيرها ، وإذا لم يصف سيرها إلى أحد كانت متفلة وفعلها جبار . وقوله (والنخس إذا كان عبدا)

المذكور آنفا (قال المصنف : إذا كانت في فورها الذي نخسها) أقول : قوله الذي بدل من الضمير المضاف إليه ، وتذكير اسم الموصول

فُنْفِخَتْ إنساناً فُقْتِلَتْهُ فالضمان على من نصب ذلك الشيء لأنه متعمدٌ بشغل الطريق فأضيف إليه كأنه نخسها بفعله ، والله أعلم .

(باب جناية المملوك والجناية عليه)

قال (وإذا جنى العبد جناية خطإ

إذا كان عبداً : يعنى ونخس بغير إذن الرأكب فالضمان فى رقبته يدفع بها أو يفدى اهـ . وقال بعض الفضلاء : فيه بحث . فإنه إذا كان التلف بالوطء فى فور النخسة فعلى عاقلة الرأكب نصف الدية ، وفى عتق العبد نصف الدية يدفع مولاه أو يفديه على ما صرحوا به إذا كان النخس بإذن الرأكب اهـ . أقول : بحثه ساقط ، فإن مراد صاحب العناية أن جواب هذه المسئلة على وجه الإطلاق من غير تفصيل كما ذكر فى الكتاب إنما هو فيها إذا نخس بغير إذن الرأكب : لأنه لا يتصور كون الضمان فى رقبته فى شىء من الصور إلا إذا كان نخس بغير إذن الرأكب ، لا أنه يتصور حتى يتجه عليه أن فى صورة التلف بالوطء فى فور النخس يجب على عاقلة الرأكب نصف الدية وفى رقة العبد نصفها إذا كان النخس بإذن الرأكب كما صرحوا به ، ويرشد إلى كون مراد صاحب العناية ما ذكرناه أن صاحب النهاية وغيره قالوا فى شرح قول المصنف والناخس إذا كان عبداً فالضمان فى رقبته ، هذا إذا نخسه بغير إذن الرأكب ، وأما إذا نخسه بإذن الرأكب فلا يخلو إما أن كانت من الدابة نفحة أو وطء فقد ذكر حكمها فى المبسوط . وقال : إذا كان الرحل يسير فى الطريق فأمر عبد الغير فنخس دابته فنفتحت فلا ضمان على واحد منهما ، لأن فعل المأمور كفعل الأمر عبداً كان المأمور أو حراً ، وإن وطئت فى فورها ذلك إنسان فقتلته فعلى عاقلة الرأكب نصف الدية وفى عتق العبد نصف الدية يدفعه مولاه أو يفديه بمنزلة السائق مع الرأكب : إلا أن المولى يرجع على الأمر بالأقل من قيمة العبد ومن نصف الدية لأنه صار غاصباً للعبد باستعماله إياه فى نخس الدابة ، فإذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع به على المستعمل له اه تأمل .

(باب جناية المملوك والجناية عليه)

لما فرغ من بيان أحكام جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع فى بيان أحكام جناية المملوك وهو العبد ، وأخره لانحطاط رتبة العبد عن رتبة الحر ، كذا فى الشروح . أقول : فيه شىء ، وهو أن لقائل أن يقول : ما وقع الفراغ من بيان أحكام جناية الحر مطلقاً بل بقى منه بيان حكم جناية الحر على العبد وهو إنما يتبين فى هذا الباب ، وكذا ما وقع الفراغ من بيان

يعنى ونخس بغير إذن الرأكب فالضمان فى رقبته يدفع بها أو يفدى ، والباقى ظاهر إلى آخره والله أعلم .

(باب جناية المملوك والجناية عليه)

لما فرغ من بيان أحكام جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع فى بيان أحكام جناية المملوك وهو العبد ، وأخره لانحطاط رتبته عن رتبته . لا يقال : العبد لا يكون أدنى منزلة من البهيمة فكيف أخر باب جنائيه عن باب جناية البهيمة ، لأن جناية البهيمة كانت باعتبار الرأكب أو السائق أو القائد وهم ملاك . قال (وإذا جنى العبد جناية خطإ) اعلم أن التقيد بالخطأ هنا

بنوع تأويل أو صفة له على مذهب الكشاف (قوله يعنى ونخس بغير إذن الرأكب الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه إذا كان التلف بالوطء فى فور النخسة فعلى عاقلة الرأكب نصف الدية ، وفى عتق العبد نصف الدية يدفعه مولاه أو يفديه على ما صرحوا به إذا كان النخس بإذن الرأكب . قال العلامة الكاكي : إلا أن المولى يرجع على الأمر بالأقل من قيمة العبد ونصف الدية لأنه صار غاصباً للعبد باستعماله إياه فى نخس الدابة ، وإذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع على المستعمل له اهـ .

(باب جناية المملوك والجناية عليه)

قبل لمولاه إما أن تدفعه بها أو تفديه) وقال الشافعي : جنيته في رقبته يباع فيها إلا أن يقضى المولى الأرش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق . والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم . له أن الأصل في موجب الجناية أن يجب على المثلث لأنه هو الجاني ، إلا أن العاقلة تتحمل عنه ، ولا عاقلة للعبد لأن العقل عندى بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فتعجب في ذمته كما في الدين . ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية

أحكام الجناية على الحر مطلقا بل بقي منه بيان حكم الجناية العبد على الحر . وهو أيضا إنما يتبين في هذا الباب : فالأظهر أن يقال لما فرغ من بيان جناية الحر على الحر شرع في بيان جناية المملوك والجناية عليه : ولما كان فيه تعلق بالمملوك البتة من جانب آخره لاختطاط رتبة المملوك عن المالك . ثم قال صاحب العناية : لا يقال العبد لا يكون أدنى منزلة من الهيمة فكيف آخر باب جنيته عن باب جناية الهيمة ، لأن جناية الهيمة كانت باعتبار الراكب أو السائق أو القائد وهو ملاك اه . أقول : فيه أيضا شيء . إذ لقاتل أن يقول : إن أراد أن جناية الهيمة كانت البتة باعتبار الراكب أو السائق أو القائد فهو ممنوع فإن جنيته بطريق النفحة برجلها أو ذنبها وهي تسير لا يكون باعتبار أحد منهم . وإلا لوجب عليهم الضمان في تلك الصورة ، وليس كذلك كما عرف في بابها . وكذا الحال فيما إذا أصابت يدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أثارت غبارا أو حجرا صغيرا ففقا عين إنسان أو أفسد ثوبه : وكذا إذا انفلتت فأصابت مالا أو آدميا ليلا أو نهارا كما عرف كل ذلك أيضا في بابها . وإن أراد أن جنيته قد تكون باعتبار أحد منهم فهو مسلم ولكن لا يتم به تمام التقريب . ويمكن أن يقال : الصور التي لا يجب فيها من فعل الهيمة ضمان على أحد بل يكون فعلها هدرا مما لا يترتب عليه حكم من أحكام الجناية في الشرع ، وإنما ذكرت في بابها استطرادا ، وبناء الكلام هنا على ماله حكم من الأحكام الشرعية فيتم التقريب (قواه والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم) قال في الكافي والكفاية : فعن ابن عباس رضي الله عنه مثل مذهبا . وعن عمر وعلي رضي الله عنهما مثل مذهبه . وقال تاج الشريعة عن ابن عباس رضي الله عنه كما هو مذهبا . وعن عمر وعلي رضي الله عنهما كما هو مذهبا . فإنيهما قالا : عبيد الناس أموالهم ، وجناتهم في قيمتهم : أي أثمانهم . وقال في غاية البيان : روى أصحابنا كالقدوري وغيره في كتبهم عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال : إذا جنى العبد إن شاء دفعه وإن شاء فداه . وعن عمر رضي الله عنه أنه قال : عبيد الناس أموالهم ، وجناتهم في قيمتهم وعن علي رضي الله عنه مثله . وقال في معراج الدراية . روى عن علي رضي الله عنه أنه قال : عبيد الناس أموالهم جزاء جناتهم في رقاب الناس كذهبا . وهكذا روى عن ابن عباس ومعاذ بن جبل وأبي عبيدة بن الجراح رضي الله عنهم . وروى

مفيد في الجناية في النفس . لأنه إذا كان عمدا يجب القصاص ، وأما فيما دون النفس فلا يفيد لأن خطأ العبد وعمده فيما دون النفس سواء فإنه يوجب المال في الحالين ، إذ القصاص لا يجري بين العبد والعبد ولا بين العبيد والأحرار فيما دون النفس . وقوله (قبل لمولاه إما تدفعه بها أو تفديه) يعني بعد الاستيفاء ، فإنه لا يقضى على المولى بشيء في ذلك حتى يبرئ المحنى عليه اعتبارا لجناية العبد بجناية الحر ، وقد بينا أنه يستأنى في جناية الحر لأن موجبها يختلف بالسراية وعدمها ، والقضاء قبل الاستيناء قضاء بالمجهول وهو لا يجوز . وقوله (وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق) فعنده الوجوب على العبد فيتبعه المحنى عليه بعد العتق ، وعندنا الوجوب على المولى دون العبد فلا يتبعه بعد العتق لأنه بالعتق صار مختارا للفداء وقوله (والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم) فعن ابن عباس رضي الله عنهما مثل مذهبا ، قال : إذا جنى العبد إن شاء دفعه وإن شاء فداه . وهكذا روى عن علي ومعاذ بن جبل رضي الله عنهما وغيرهما . وروى عن علي رضي الله عنه مثل مذهبه . قال : عبيد الناس أموالهم جزاء جناتهم في قيمتهم : أي في أثمانهم لأن الثمن قيمة العبد . وقوله (فتعجب في ذمته) أي في ذمة العبد كما في الدين ، فإن الدين في ذمته يكون شاغلا لمالية رقبته يباع فيه إلا أن يقضى المولى دينه كذلك ضمان الجناية وكذا في الجناية على المال ، وفي بعض النسخ كما في الذمي يعني إذا قتل الذي رجله خطأ تهب دينه في ذمته لاعلى عاقلته كما

على المال . ولنا أن الأصل في الجناية على الآدمي حالة الخطأ أن تباعد عن الجاني تحراز عن استنصاله والإجحاف به ، إذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية ، وتجب على عاقلة الجاني إذا كان له عاقلة .

عن عمر رضى الله عنه مثل مذهبه . فإنه قال : عيب الناس أوهام جزاء جنائهم في قيمتهم : أى في أثمانهم . لأن الثمن قيمة العبد اه . أقول : قد اضطربت كلماتهم في الرواية عن على رضى الله عنه . فبعضهم نقل الرواية عنه مثل مذهب الخصم وبعضهم نقلها عنه مثل مذهبنا كما ترى . ثم أقول : قد خالف الكل هنا صاحب البدائع حيث قال : ولنا إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، فإنه روى عن على وعبد الله بن عباس مثل مذهبنا بمحض من الصحابة رضى الله عنهم . ولم ينقل الإنكار عليهما من أحد منهم فيكون إجماعاً منهم اه . ولا يخفى أنه يخالف قول العامة والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله تعالى عنهم (قوله ولنا أن الأصل في الجناية على الآدمي في حالة الخطأ أن تباعد عن الجاني الخ) قال صاحب العناية : فيه بحث . وهو أن الحكم في المسئلة مختلف ، فإن حكمها عندنا الوجوب على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا وهو بناء على أصل ونحن على أصل فنأين يقوم لأحدنا حجة على الآخر . ويمكن أن يقال : الشافعي رحمه الله تعالى جعل وجوب موجب جنائته في ذمته كوجوب الدين في ذمته وكوجوب الجناية على المال . فنحن إذ بينا الفرق بينهما بقى أصله بلا أصل فبطل . وقد بين المصنف ذلك بقوله بخلاف الذي فإنهم لا يتعاقلون فيما بينهم فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر . وقوله وبخلاف الجناية على المال لأن العواقل لا تعقل المال فيجب في ذمته . وأما أصلنا فهو ثابت في نفسه مستنداً إلى النص الذي لا يعقل إبطاله ليس بمقيس على ما يبطل بإبداء الفارق ، إلى هنا كلام . أقول : جوابه ليس بتمام . أما أولاً فلأنه لاشك أن مدار دليل الشافعي ليس على قياس وجوب موجب جنائية العبد في ذمته على وجوب الدين في ذمته ووجوب الجناية على المال في ذمته حتى يلزم من بيان الفرق بين المقيس والمقيس عليه أن يبقى مذهبه بلا أصل . بل مدار دليله على أن لا عاقلة للعبد بناء على أن العقل عنده بالقرابة لا غير ، وإنما ذكر وجوب الدين في ذمته ووجوب الجناية على المال في ذمته في ذيل دليله لمجرد التنظير كما يرشد إلى ذلك كاه تقرير المصنف ، فلا يلزم من بيان الفرق بين مسئلتنا وبين ما ذكره بطريق التنظير بقاء أصله بلا أصل كما لا يخفى . وأما ثانياً فلأن الشافعي أن يقول : أصلنا مستند إلى النص كما أن أصلكم مستند إلى النص ، وهو ما روى عن عمر رضى الله عنه ليس بمقيس على ما يبطل بإبداء الفرق . ثم أقول : الحق في الجواب عن البحث المذكور أن يقال : الكلام في تعليل هذه المسئلة من قبيل رد المختلف إلى المختلف وهو أن العاقلة من هي ؟ فقال الشافعي هي أهل العشرة ، قلنا هي أهل النصرة ، وقد ذكر ذلك في أوائل كتاب المعامل مدلالاً

في إتلاف المال . وقوله بعد هذا بخلاف الذي يدل على صحة هذه النسخة . وقوله (ولنا أن الأصل الخ) ظاهر . وفيه بحث . وهو أن الحكم في المسئلة مختلف . فإن حكمها عندنا الوجوب على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا . وهو بناء على أصل ونحن على أصل . فنأين يقوم لأحدنا حجة على الآخر . ويمكن أن يقال : الشافعي رحمه الله تعالى جعل موجب جنائته في ذمته كوجوب الدين في ذمته وكوجوب الجناية على المال . ونحن إذ بينا الفرق بينهما بقى أصله بلا أصل فبطل ، وقد بين المصنف رحمه الله ذلك بقوله بخلاف الذي فإنهم لا يتعاقلون فيما بينهم فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر . وبقوله وبخلاف الجناية على المال لأن العواقل لا تعقل المال فتجب في ذمته . وأما أصلنا فهو ثابت في نفسه مستنداً إلى النص الذي لا يعقل إبطاله ليس بمقيس على أصل يبطل بإبداء الفارق . على أن قوله إن الأصل في موجب الجناية أن يجب على المتلف يبطل أيضاً بقولنا الأصل ذلك في موجب الجناية العمد أو الخطأ الأول مسلم ولا يفيد . إذ الكلام في الخطأ والثاني عين النزاع . وقوله (لأنه هو الجاني غير مفيد) لأنه يحتاج أن يقول : والأصل في الجاني أن يكون موجب جنائته على نفسه لأنه المتلف فهو مصادرة على المطلوب .

(قوله وأما أصلنا فهو ثابت في نفسه مستنداً إلى النص الذي لا يعقل إبطاله) أقول : بل النص يدل على خلافه وهو حديث « لا تعقل العواقل عبداً ولا عبداً » الحديث .

والمولى عاقلته لأن العبد يستنصر به ، والأصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على أهل الديوان ، بخلاف الذي لأنهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر ، وبخلاف الجناية على المال لأن العواقل لاتعقل المال ، إلا أنه يخير بين الدفع والفداء لأنه واحد ، وفي إثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل ، غير أن الواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح ، ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وإن كان له حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة ، بخلاف موت الجاني الحر لأن الواجب لايتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر . قال (فإن دفعه مأكله وليّ الجناية وإن فداءه فداء بأرشها وكل ذلك يلزمه حالا) أما الدفع فلأن التأجيل في الأعيان باطل وعند اختياره الواجب عين .

ومفصلاً ، وقد قامت لنا حجة على الشافعي هناك فاكشفنا هنا يجعل ذلك المختلف أصلاً لهذا المختلف كما ترى (قوله والمولى عاقلته لأن العبد يستنصر به) قال بعض الفضلاء : ليس يخالف هذا حديث « لاتعقل العواقل عمدا ولا عبدا » اه . وقال صاحب التسهيل : يشكل هذا على مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن العبد إذا جنى على الحر لا يعقله العاقلة عنده فلا يصح هذا التعليل على مذهبه اه . وذكره أيضا بعض العلماء في حاشيته على شرح صدر الشريعة للوقاية أخذنا من التسهيل كما هو حاله في أكثر إيراداته في تلك الحاشية . أقول : في الجواب عما ذكره كلهم هنا أن لفظة العاقلة إنما تطلق على الجماعة لا على الواحد كما يفصح عنه كلام الفقهاء وكلمات أهل اللغة أيضا ، فإن الفقهاء قالوا : العاقلة الذين يعقلون : أي يؤدون العقل وهو الدية كما سيجيء في الكتاب . وفي المغرب : العاقلة هي الجماعة التي تغرم الدية ، وهم عشيرة الرجل أو أهل ديوانه : أي الذين يرتزقون من ديوان على حدة اه . وقال في الصحاح : وعاقلة الرجل عصبته ، وهم القرابة من قبل الأب الذين يعطون دية من قتله خطأ . وقال أهل العراق : هم أصحاب الدواوين اه . إلى غير ذلك من المعتبرات . فإذا تقرر هذا تبين أن المراد بما في الحديث أن العواقل

وقوله (إلا أنه يخير) استثناء من قوله والمولى عاقلته جواب عما يقال لو كان المولى عاقلته لما كان يخيرا كما في سائر العواقل . ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب ، وتحقيقه أن الخطأ يوجب التخفيف ، ولما كان في سائر العواقل كثرة ظهر فيها بالتوزيع والقسمة على وجه لا يوجب الإجحاف ، وأما هاهنا فالمولى واحد فأظهرناه فيه بإثبات الخيار . وقوله (غير أن الواجب الأصلي هو الدفع) جواب عما يقال لو وجب الجناية في ذمة المولى حتى وجب التخير لما سقط بموت العبد كما في الحر الجاني إذا مات فإن العقل لايسقط عن عاقلته . ووجهه أن الواجب الأصلي هو الدفع ، وإن كان له حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة فإن الموجب الأصلي فيه جزء من النصاب ، وللمالك أن ينتقل إلى القيمة (ولهذا) أي ولكون الواجب الأصلي هو الدفع يسقط الموجب بموت العبد لفوات المحل . وقوله (في الصحيح) احتراز عن رواية أخرى ذكرها الترمذاني رحمه الله أن الدية هو الأصل ، ولكن للمولى أن يدفع هذا الواجب بدفع الجاني ، وإنما كان ذلك صحيحا لما ذكر في الأسرار أن بعض مشايخنا رحمهم الله ذكر أن الواجب الأصلي هو الأرض على المولى وله المخلص بالدفع . ثم قال : والرواية بخلاف هذا في غير موضع ، وقد نص محمد بن الحسن رحمه الله أن الواجب هو العبد . وقوله (بخلاف موت الحر الجاني) جواب عما يذكر هاهنا مستشهدا به كما ذكرناه آنفا . ووجهه أن الواجب لايتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر في أنها تجب عن العبد على المولى ولا تسقط بموت العبد . قال (فإن دفعه ملكه وليّ الجناية) فإن دفع المولى العبد الجاني ملكه الجاني عليه (وإن فداءه فداء بأرش الجناية) وكل ذلك يلزمه حالا ، أما الدفع فلأن الواجب عند اختياره عين العبد وهو ظاهر . فالتأجيل في الأعيان باطل لأن التأجيل شرع للتحصيل ترهها ونحصيل الحاصل باطل ، وأما الفداء فلأنه لما جعل بدلا عن العبد في الشرع قام مقامه ولهذا سمي فداء فيأخذ حكمه . قيل كون

(قال المصنف : والمولى عاقلته لأن العبد يستنصر به) أقول : ليس يخالف ما قلنا لحديث « لاتعقل العواقل عمدا ولا عبدا » (قوله والقسمة على وجه لا يورث الإجحاف) أقول : الظاهر أن يقال : لا يؤثر الإجحاف .

وأما الفداء فلأنه جعل بدلا عن العبد في الشرع وإن كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل (وأيهما اختاره وفعله لشيء لولي الجناية غيره) أما الدفع فلأن حقه متعلق به . فإذا خلى بينه وبين الرقبة سقط . وأما الفداء فلأنه لاحق له إلا الأرض . فإذا أوفاه حقه سلم العبد له .

التي هي الجماعات لا تعقل عبدا كما تعقل حراً . وأن مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى هو أن العبد إذا جنى على الحر لا تعقله العاقلة : أي الجماعة بل يغرم مولاه جانيته ، فقول المصنف وغيره هنا والمولى عاقلته من قبيل التشبيه البليغ : ومعناه والمولى كعاقلته لأن العبد يستنصر به كما يستنصر الحر بعاقلته يرشد إليه قول صاحب الكافي في كتاب المعاملات : لا تعقل العاقلة ما جنى العبد على حر لأن المولى في كونه مخاطباً بجناية العبد بمنزلة العاقلة ولا يتحمل عن العاقلة عواقبهم فكذا لا يتحمل جناية العبد عاقلة مولاه اهـ . فلا يخالف ما ذكرناه هنا حديث « لا تعقل العواقل عبداً ولا عبداً » ولا يشكل هذا على مذهب أئمتنا من أن العبد إذا جنى على الحر لا تعقله العاقلة فتبصر (قوله وأما الفداء فلأنه جعل بدلا عن العبد في الشرع وإن كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل) قال في العناية قيل كونه الشيء لا بد من شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم : ألا يرى أن المال قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحد في الحكم فإن القصاص لا يتعلق به حق الموصى له وإذا صار مالا تعلق به . وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الأصل وغير ذلك . وأجيب أن الفداء لما وجب بمقابلة الجناية في النفس أو العضو أشبه الدية والأرض وهما يثبتان مؤجلا وذلك يقتضي كون الفداء كذلك ، ولما اختاره المولى كان ديناً في ذمته كسائر الديون وذلك يقتضي كونه كذلك : أي كسائر الديون حالا ، لأن الأجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت إلا بالشرط كما تقدم ، فتعارض جانب الحلول والأجل فترجح جانب الحلول بكونه فرع أصل حال موافقة بين الأصل وفرعه ، وهذا كلام حسن وإن لم يكن في لفظ المصنف ما يشعر به اهـ . أقول : بل هو كلام قبيح ، لأن الموافقة في الحكم بين الأصل وفرعه إن كانت أمراً لازماً أو راجحاً يرتفع السؤال عن أصله ، ويكتفي ذكر هذه المقدمة في الجواب عنه ، ويصير باقي المقدمات المذكورة في الجواب المزبور مستنداً كاجداً ، وإن لم تكن أمراً لازماً ولا راجحاً فكيف يتم ترجيح جانب الحلول بكونه فرع أصل حال . وقال في العناية : ويجوز أن يقال : الأصل أن لا يفارق الفرع الأصل إلا بأمر ضروري ، فإن الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا بأمر ضروري ، والمسائل المذكورة تغيرت بذلك لأن القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به ، والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بد من إلحاق النية به ليكون مطهراً شرعاً ، بخلاف الماء ، وفيما نحن فيه ليس أمر ضروري يمنع من الحلول الذي هو حكم أصله فيكون ملحقاً به اهـ . أقول : فيه بحث ، إذ كان حاصل السؤال أن كون الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم فيلزم أن يكون المراد في الجواب بقوله الأصل أن لا يفارق الفرع الأصل إلا بأمر ضروري هو أن الأصل أن لا يفارقه في الحكم إلا بأمر ضروري ، ولا يدل عليه التعليل الذي ذكره بقوله فإن الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا بأمر ضروري . إذ الظاهر أن معنى كون الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا بأمر ضروري هو كونه عندهم عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير نفسها إلا بالضرورة ، لا كونه عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير حكمها بعد أن تغيرت نفسها إلا بالضرورة . والمطلوب فيما نحن فيه هو الثاني دون الأول فلا يتم التقريب فتأمل تفهم (قوله وأما الفداء فلأنه لاحق له إلا الأرض) أقول : فيه إشكال سيما في الحصر .

الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم : ألا ترى أن المال قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحد في الحكم ، فإن القصاص لا يتعلق به حق الموصى له وإذا صار مالا تعلق به : وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الأصل وغير ذلك . وأجيب بأن الفداء لما وجب بمقابلة الجناية في النفس أو العضو أشبه الدية والأرض وهما يثبتان مؤجلا وذلك يقتضي كون الفداء كذلك ، ولما اختاره المولى كان ديناً في ذمته كسائر الديون وذلك يقتضي كونه كذلك : أي كسائر الديون حالا ، لأن الأجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت إلا بالشرط كما تقدم ، فتعارض جانب الحلول والأجل فترجح جانب الحلول بكونه فرع

فإن لم يتحرر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجنى عليه لفوات محل حقه على ما بيناه . وإن مات بعد ما اختار الفداء لم يبرأ لتحويل الحق من رقبة العبد إلى ذمة المولى . قال (فإن عاد فعجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الجناية الأولى) معناه بعد الفداء لأنه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل كأن لم تكن . وهذا ابتداء جنائية . قال (وإن جنى جنائتين قبل للمولى إما أن تدفعه إلى وليي الجنائتين يقتسمانه على قدر حقيهما وإما أن تغديه بأرش كل واحد واحد منهما) لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة : ألا ترى أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجنى عليه الأول 'أولى' أن لا يمنع . ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر أرش جنائتهما (وإن كانوا جماعة) يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم 'وإن فداه فداه' بجميع أروشهم (لما ذكرنا) ولو قتل واحدا وفقاً عين آخر يقتسمانه أثلاثاً (لأن أرش العين على النصف من أرش النفس ، وعلى هذا حكم الشجات) وللمولى أن يفدى من بعضهم ويدفع إلى بعضهم مقداراً متعلق به حقه من العبد (لأن الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها وهي الجنائيات المختلفة . بخلاف مقتول العبد إذا كان له وليان لم يكن له أن يفدى من أحدهما ويدفع إلى الآخر لأن الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة . والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا

إذ قد تقرر فيما قبل أن الواجب الأصلي في جنائية العبد هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب ، إلا أنه كان للمولى حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة . فإذا كان حق ولي الجناية منحصراً في الدفع على ما هو الواجب الأصلي في جنائية العبد ، فإن لم ينحصر فيه فما معنى حصره في الأرض بقوله لا حق له إلا الأرض ، وهذا يكون مناقضاً

أصل حال موافقة بين الأصل وفرعه . وهذا كلام حسن وإن لم يكن في لفظ المصنف رحمه الله ما يشعر به . ويجوز أن يقال الأصل أن لا يفارق الفرع الأصل إلا بأمور ضرورية : فإن الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا بأمور ضرورية ، والمسائل المذكورة تغيرت بذلك ، وهو أن القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر بطلعه فلم يكن بد من إلحاق النية به ليكون مطهراً شرعاً بخلاف الماء ، وفيما نحن فيه ليس أمر ضروري بمنعه عن الحلول الذي هو حكم أصله فيكون ملحقاً به . لا يقال : قد يتضرر بوجوبه حالاً فهو ضرورة ، لأن ذلك لزمه باختياره على الدفع فهو ضرر مرضي . وقوله (على ما بيناه) إشارة إلى قوله غير أن الواجب الأصلي هو الدفع الخ (وإن مات) أى العبد الجنائي بعد ما اختار المولى الفداء قولاً أو فعلاً لم يبرأ بموت العبد عن الفداء ، وطولب بالفرق بين هذا وبين خصال كفارة اليمين فإن الحادث غير غير ، وإن عين أحدهما قولاً لم يتعين وهاهنا قد تعين . وأجيب بأن حقوق العباد أوجب رعاية لاحتياجهم وذلك في التعيين قولاً وفعلاً ، وأما حقوق الله تعالى فالمقصود منها الفعل فتعين الواجب به . وقوله (لأن تعلق الأولى) أى الجناية الأولى برقبته لا يمنع تعلق الجناية الثانية . فإن قيل : ما الفرق بين هذا وبين الرهن فإن تعلق حق المرتهن به يمنع تعلق الثاني به ، حتى أن الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون أخرى سوى دين المرتهن لحقته قبل الرهن أو بعده لا يتعلق سائر الديون بالرهن فقد منع تعلق الدين الأول برقبته غيره وهاهنا لم يمنع . وأجيب بأن الرهن إيفاء أو استيفاء حكماً فكأن المرتهن قد استوفاه فلا يتعلق به غيره ، وليس في الجناية كذلك . وقوله (على قدر أرش جنائتهما) لأن المستحق إنما يستحق عوضاً عما فات عليه فلا بد من أن يقسم على قدر المعوّض . وقوله (لما ذكرنا) يعنى قوله لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية . وقوله (وعلى هذا حكم الشجات) يعنى لو شج رجلًا موضحة وآخر هاشمة ثم اختار المولى الدفع يدفع إلى صاحب الموضحة سدس العبد لأن له خمسمائة ، وإلى صاحب الهاشمة ثلثه لأن له ألفاً ، وإلى صاحب المنقلة نصفه لأن له ألفاً وخمسمائة فيقسمون الرقبة هكذا . وقوله (وهي الجنائيات المختلفة) يعنى فجاز أن يختار في أحدهم خلاف ما اختاره في حق الآخر كما لو انفرد كل واحد منهم . وقوله (والحق يجب للمقتول) جواب عما يقال : الحق وإن كان متحداً بالنظر إلى السبب فهو متعدد بالنظر إلى المستحقين

يملك التفريق في موجبها . قال (فإن أعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها . وإن أعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الأرش) لأن في الأول قوت حقه فيضمنه وحقه في أقلهما ، ولا يصير مختارا للفداء لأنه لا اختيار بدون العلم . وفي الثاني صار مختارا لأن الإعتاق يمنعه من الدفع فالإقدام عليه اختيار منه للآخر ، وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاء ، لأن كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به . بخلاف الإقرار على رواية الأصل لأنه لا يسقط به حق ولي الجناية ، فإن المقر له يخاطب بالدفع إليه ، وليس فيه نقل الملك لجواز أن يكون الأمر كما قاله المقر وألحقه الكرخي بالبيع وأخواته لأنه ماكه في الظاهر فيستحق المقر له بإقراره فأشبه البيع ، وإطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها ، وكذا المعنى لا يختلف وإطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لأنه يزيل الملك . بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ونقصه . وبخلاف العرض على البيع لأن الملك ما زال . ولو باعته بيعا فاسدا لم يصير مختارا حتى يسلمه لأن الزوال به ، بخلاف الكتابة الفاسدة لأن موجهه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسه مختارا . ولو باعه مولاة من المحنى عليه فهو مختار ، بخلاف ما إذا وهبه منه لأن المستحق له أخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع وإعتاق

لما ذكره قبيله بقوله أما الدفع فلأن حقه متعلق به (قوله وإطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها) يريد قوله ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها . وقيل يريد به قوله في أول الباب وإذا جنى العبد جناية خطأ فإنه ينتظم النفس وما دونها ، كذا

فكان الواجب أن يكون حكم هذه المسئلة مثل الأولى . ووجهه أنا لانسلم أن المستحق متعدد بل هو واحد . لأن الحق يجب للمقتول الخ . لا يقال : الملك يثبت للوارث حقيقة وحكما وللميت حكما فقط . لأنه ليس من أهل الملك حقيقة فوجب ترجيح جانب الوارث ، لأن ملك الميت أصل وملك الوارث متفرع عليه . واعتبار الأصل أولى . قال (فإن أعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية) الأصل في جنس هذه المسائل أن المولى إذا علم بجناية العبد وتصرف فيه فإن تصرف بما يعجزه عن الدفع صار مختارا للفداء وإلا فلا ، وإذا لم يعلم بالجناية لم يكن مختارا للفداء لكن يضمن الأقل من قيمة العبد ومن أرش الجناية ، وعلى هذا تخرج الفروع المذكورة في الكتاب . وقوله (وعلى هذين الوجهين) يعني قبل العلم وبعده . وقوله (بخلاف الإقرار على رواية الأصل) يعني إذا جنى العبد جناية فقال وليها هو عبدك فادفعه أو افده فقال هو لفلان الغائب وديعة عندي أو عارية أو إجارة أو رهن لا يصير مختارا للفداء لما ذكر في الكتاب ، ولم تندفع عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك بيته ، فإن أقامها أخر الأمر إلى قدوم الغائب ، وإن لم يقيمها خوطب بالدفع أو الفداء ولا يصير مختارا للدية مع تمكنه من الدفع . وقوله (وألحقه الكرخي بالبيع وأخواته) في صيرورته مختارا لما ذكر في الكتاب . قال في الإيضاح : وهو رواية خارجة عن الأصول . وقوله (وإطلاق الجواب) يريد قوله ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها الخ . وقيل يريد به قوله في أول الباب وإذا جنى العبد جناية خطأ فإنه ينتظم النفس وما دونه . وقوله (وكذا المعنى لا يختلف) لأن كل واحد مال . وقوله (لأنه يزيل الملك) لا خلاف في ذلك ، وإنما الخلاف في الدخول في ملك المشتري وعدمه وليس بمحتاج إليه هاهنا . وقوله (بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ونقصه ، وبخلاف العرض على البيع) يعني لا يصير مختارا للفداء بهما لأن الملك ما زال . قيل المشتري بشرط الخيار إذا باع بشرط الخيار لنفسه كان مجيزا للبيع والهبات بشرط الخيار لنفسه إذا عرض على البيع كان فاسحا للبيع فلم لا يكون المولى بالبيع بشرط الخيار لنفسه أو بالعرض على البيع مختارا للفداء ؟ وأجيب بأن ثمة ضرورة لم تتحقق هاهنا ، وهي أنه لو لم يجعل مجيزا وفاسحا هناك لكان تصرفه واقعا في ملك الغير على تقدير تعذر الفسخ في الأولى وتقدير الإجازة في الثانية ، وأما هاهنا فلو لم يجعل مختارا للفداء بهذا التصرف لم يبين بالدفع أنه تصرف في ملك الغير فافترقا . وقوله (بخلاف الكتابة الفاسدة) بأن كاتب المسلم عبده الجاني على خمر أو خنزير فإنه يصير مختارا للفداء لأن موجهه يثبت بنفس العقد وهو تعليق العتق بالأداء فكانت الكتابة نظير البيع الفاسد بعد

المجنى عليه بأمر المولى بمنزلة إعتاق المولى فيما ذكرناه ، لأن فعل المأمور مضاف إليه ، ولو ضربه فنقصه فهو مختار إذا كان عالما بالجناية لأنه حبس جزءا منه وكذا إذا كانت بكرا فوطئها وإن لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لأنه عيب من حيث الحكم ، وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية لأنه لا ينقص من غير إعتاق ، وبخلاف الاستخدام لأنه لا يختص بالملك ، ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختارا بالإجارة والرهن في الأظهر من الروايات ، وكذا بالإذن في التجارة وإن ركه دين ، لأن الإذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة ، إلا أن لولى الجناية أن يتمتع من قبوله لأن الدين لحقه من جهة المولى فلزم المولى قيمته . قال (ومن قال

في العناية . أقول : لا يخفى على ذي فطرة سليمة أنه لا سداد لما ذكر ثانيا ، لأن تأخير التعرض لإطلاق ما في أول الباب إلى هنا مع كونه بعيدا عن نهج السداد في نفسه يمنع عن الحمل عليه قول المصنف وإطلاق الجواب ، لأن الإطلاق هناك في المسئلة لاقى الجواب كما لا يخفى على ذوى الألباب فالمراد هو الأول لا غير) قوله وكذا بالإذن في التجارة وإن ركه دين ، لأن الإذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة) أقول : في التعليل شيء وهو أنه إن أراد أن الإذن في التجارة وإن ركه دين لا يفوت الدفع

القبض . وقوله (فيما ذكرناه) قيل يعنى في اختيار الفداء ، وقيل في العلم بالجناية وعدمه . وقوله (ولو ضربه فنقصه) يعنى بأن أثر فيه حتى صار مهرولا أو قلت قيمته ببقاء أثر الضرب فهو مختار إذا كان عالما بالجناية لأنه حبس جزءا منه ، وأما إذا ضربه ولم يعلم بها كان عليه الأقل من قيمته ومن الأرض إلا أن يرضى ولى الدم أن يأخذه ناقصا ، ولا ضمان على المولى لأنه لما رضى به ناقصا صار كأن النقصان حصل بآفة سبوية . وقوله (وكذا إذا كانت بكرا فوطئها) يعنى يصير به مختارا للفداء ، وإن لم يكن الوطء معلقا لما قلنا إنه حبس جزءا منه . وقوله (بخلاف التزويج) يعنى لا يصير به مختارا للفداء لأنه لا يعجزه عن الدفع كما لا يعجزه عن البيع ، وعلى المصنف رحمه الله بقوله (لأنه عيب من حيث الحكم) وذلك لا يثبت به اختيار الفداء كما لو أقر عليها بالسرقة عالما بالجناية ، فإن بهذا الإقرار يدخلها نوع عيب ، ولكن لما كان حكما لم يثبت به اختيار الفداء ، وفيه إشارة إلى رد طعن عيسى حيث قال : التزويج تعيب وبالتعيب يثبت اختيار الفداء كما لو ضرب على يديها وعيها ، وذلك لأن التعيب حقيقة يثبت به اختيار الفداء لأن فيه حبس جزء منها ، وأما الحكمى فليس كذلك . وقوله (وبخلاف وطء الثيب) فإن به لا يصير المولى مختارا للفداء مالم يكن معلقا في ظاهر الرواية لأنه لا ينقص من غير إعتاق . وقوله (على ظاهر الرواية) احتراز عما روى عن أبى يوسف رحمه الله أن مطلق الوطء يكون اختيارا لأن الحل يختص بالملك فكان الوطء دليلا على إمساك العين . فإن قيل : ما الفرق بين هذا على ظاهر الرواية وبين البيع بشرط الخيار ؟ فإن الوطء هناك فسخ للبيع وإن لم يكن معلقا ، وهاهنا لا يكون اختيارا إلا إذا كان معلقا . أجيب بأنه لو لم يجعل فسخا للبيع وقع الوطء حراما ، لأنه إذا اختار الفداء بعد ذلك ملكها المشتري من حين العقد ولهذا يستحق زوائدها ، فتبين أن الوطء حصل في غير ملكه فلتحرز عن ذلك جعلناه فسخا ، وهاهنا إذا دفعها بالجناية يملكها ولى الجناية من وقت الدفع ولهذا لا يسلم له شيء من زوائدها فلا يتبين أن الوطء كان في غير ملكه . وقوله (وبخلاف الاستخدام) يعنى لو استخدم العبد الجاني بعد العلم بالجناية لا يكون مختارا للفداء ، حتى لو عطب في الخدمة لاضمان عليه لأن الاستخدام لا يختص بالملك فلم يدل على الاختيار ولا يصير مختارا بالإجارة ، والرهن في الأظهر لأن الإجارة تنقص بالأعذار فيكون قيام حق ولى الجناية فيه عذرا في نقض الإجارة والراهن يتمكن من قضاء الدين واسترداد الرهن متى شاء فلم يتحقق عجزه عن الدفع بهذين الفعلين فلا يجعل ذلك اختيارا للفداء . وقوله (في الأظهر) احتراز عما ذكر في بعض نسخ الأصل أنه يكون مختارا للإجارة والرهن لأنه أثبت عليه يدا مستحقة فصار كالبيع . وقوله (وكذا بالإذن في التجارة) يعنى لا يكون به مختارا لأنه لا يعجزه عن الدفع ولا ينقص الرقبة (إلا أن لولى الجناية أن يتمتع من قبوله لأن الدين لحقه من جهة المولى) ووجوب الدين في ذمة العبد نقصان له : لأن الغرماء يتبعون ولى الجناية إذا دفع إليه فله أن يتمتع من قبوله . قال (ومن قال

(قوله والراهن يتمكن من قضاء الدين الخ) أقول : تعلق حق المجنى عليه : يعنى العبد سابقا على تعلق حق الراهن يوجب صحة فسخ الرهن

لعبد إن قتل فلانا أو رميته أو شججته فأنت حرّ فهو مختار للفداء إن فعل ذلك (وقال زهر : لا يصير مختاراً للفداء لأن وقت تكلمه لاجنابة ولا علم له بوجوده . وبعد الجنابة لم يوجد منه فعل يصير به مختاراً ؛ ألا ترى أنه لو علق الطلاق أو العتاق بالشرط ثم حلف أن لا يطلق أو لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يثبت في يمينه تلك ، كذا هذا . ولنا أنه علق الإعتاق بالجنابة والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فصار كما إذا أعتقه بعد الجنابة ؛ ألا يرى أن من قال لامرأته إن دخلت الدار فوالله لا أقربك يصير ابتداء الإيلاء من وقت الدخول ، وكذا إذا قال لها إذا مرضت فأنت طالق ثلاثاً فرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فاراً لأنه يصير مطلقاً بعد وجود المرض ، بخلاف ما أورد لأن غرضه طلاق أو عتق يمكنه الامتناع عنه ، إذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ، ولأنه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعي إليه والظاهر أنه يفعله ، فهذا دلالة الاختيار . قال (وإذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع إليه بقضاء أو بغير قضاء فأعتقه ثم مات من قطع اليد فالعبد صلح بالجنابة ، وإن لم يعتقه ردّ على المولى وقيل للأولياء اقتلوه أو اعفوا عنه) ووجه ذلك وهو أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح وقع باطلاً لأن الصلح كان

بغير رضا وليّ الجنابة فهو ممنوع ، كيف وقد قال متصلاً به إلا أن لوليّ الجنابة أن يمتنع من قبوله ، وإذا كان له ذلك يفوت الدفع بغير رضاه قطعاً ، وإن أراد أنه لا يفوت الدفع برضا وليّ الجنابة فهو مسلم ، لكن يلزم حينئذ أن ينتقض هذا التعليل بما لو ضرب المولى العبد الجاني فنقصه فإنه يصير مختاراً للفداء هناك إذا كان عالماً بالجنابة كما مرّ آنفاً ، مع أنه يجري أن يقال هناك أيضاً : إن الضرب وإذا نقصه لا يفوت الدفع برضا وليّ الجنابة ، فإنه إذا رضى أن يأخذه ناقصاً ولا ضمان على المولى جاز كما صرحوا به . ويمكن الجواب عنه بأن قوله ولا ينقص الرقبة من تمام التعليل ، ففي صورة ما إذا ضربه فنقصه إن لم يفت الدفع برضا وليّ الجنابة نقصت الرقبة ، فالتعليل المذكور هنا لم يجر بتمامه هناك فلم ينتقض بذلك . نعم في تمام قوله ولا ينقص الرقبة فيما إذا ركبه دين كلام ، لأن وجوب الدين في ذمة العبد نقصان له لأن الغرماء يتبعون وليّ الجنابة إذا دفع العبد إليه فيقبضونه بأيديهم كما صرح به جمهور الشراح في شرح قول المصنف إلا أن الوليّ الجنابة أن يمتنع من قبوله لأن الدين لحقه من جهة المولى . وعن هذا قال صاحب الكافي : ولكن الرقبة قد انتقصت عند لحوق الدين بسبب من جهة المولى وهو الإذن فكان لوليّ الجنابة أن يمتنع من قبوله ناقصاً فيلزم المولى قيمته اه فتأمل (قوله ووجه ذلك وهو أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح وقع باطلاً)

لعبد إن قتل فلانا) ومن علق عتق عبده بجنابة توجب الدية مثل أن يقول : إن قتل فلانا أو رميته أو شججته فأنت حرّ فهو مختار للفداء إن فعل ذلك خلافاً لزهر رحمه الله ، لأن اختيار الفداء إنما يكون بعد الجنابة والعلم بها ، وعند التكلم ليس شيء منهما بموجود ، وبعد الجنابة لم يوجد منه فعل يصير به مختاراً ، واستشهد بالمسئلة المذكورة في الكتاب . وقوله (ولنا) ظاهر . وقوله (ولأنه حرضه) دليل آخر ، ومعناه أن المولى حرض العبد على مباشرة الشرط وهو القتل أو الرمي أو الشج (بتعليق أقوى الدواعي إليه) أي إلى الشرط وهو الحرية (والظاهر أنه يفعله) رغبة منه في الحرية (وهذا دلالة الاختيار) وإنما قلنا بجنابة لأنه لو علقه بغيرها مثل أن يقول لعبد إن قتل فلانا أو شججته فأنت حرّ ثم جنى ثم دخل الدار فإن المولى لا يصير مختاراً للفداء بالاتفاق لعدم العلم بالجنابة عند التعليل ، بخلاف ما إذا علق بالجنابة فإنه علق بها أقوى الدواعي إليه ، والظاهر وجودها فكان عالماً بها ظاهراً ، وإنما قلنا بجنابة توجب الدية لأنها لو كانت توجب القصاص لم يكن على المولى شيء وإنما هو على العبد ، وذلك لا يختلف بالرق والحرية فلم يفوت المولى على وليّ الجنابة بتعليقه شيئاً . وقوله (ووجه ذلك) يريد بيان الفرق بين ما إذا أعتق وبين ما إذا لم يعتق (أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح) أي الدفع (وقع باطلاً) وسماه صلحاً بناء على ما اختاره بعض المشايخ رحمه الله

وإن نقص الدين على ماصرحوا به (قوله وإنما قلنا بجنابة توجب الدية ، لأنها لو كانت توجب القصاص لم يكن الخ) أقول : لا يلزم ما (٤٤ - تكله فتح القدير حنن - ١٠)

عن المال لأن أطراف العبد لا يجرى القصاص بينها وبين أطراف الحر فإذا سرى تبين أن المال غير واجب ، وإنما الواجب هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدل وباطل لا يورث الشبهة . كما إذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص . بخلاف ما إذا أعتقه لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لأن الظاهر أن من أقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة له إلا وأن يجعل صلحا عن الجنابة وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضى المولى به يصح وقد رضى المولى به لأنه لما رضى يكون العبد عوضا عن القليل يكون أرضى بكونه عوضا عن الكثير فإذا أعتق يصح الصلح في ضمن الإعتاق ابتداء وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الأول وقع باطلا فيرد العبد إلى المولى والأولياء على خيرتهم في العفو والقتل . وذكر في بعض النسخ : رجل أقطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه إليه

قال صاحب العناية في شرح هذا الحل : يريد بيان الفرق بين ما إذا أعتق وبين ما إذا لم يعتق أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح : أي الدفع وقع باطلا وسماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ أن الموجب الأصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجنابة به . واقتفى أثره الشارح العيني . أقول : فيه نظر . لأن المصنف صرح فيما مر بأن الموجب الأصلي هو الدفع في الصحيح وقال : ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب فكيف يتم تسمية الدفع هنا صلحا على البناء على خلاف ما اختاره وصححه نفسه فيما قبل ، وخلاف ما عليه جمهور المحققين من مشايخنا ، حتى أن صاحب الأسرار بعد أن ذكر ما اختاره بعض المشايخ من أن الواجب الأصلي هو الأرش قال : والرواية بخلاف هذا في غير موضع ، وقد نص محمد بن الحسن رحمه الله أن الواجب هو العبد انتهى . ثم أقول : الحق عندي أن يحمل تسمية الدفع هنا صلحا على المشاكلة بأن عبر عن الدفع بالصلح لوقوع ذكره في صحة ما هو صلح وما هو إذا أعتقه تدبر ترشد (قوله وباطل لا يورث الشبهة كما إذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه) أقول : فيه بحث . وهو أنه إنه أراد أن الباطل لا يورث الشبهة فيما إذا علم بطلانه كما هو الظاهر مما ذكره في تنظيره حيث قال فيه مع العلم بحرمتها عليه فهو مسلم ، لكن لا يجدي نفعنا هنا لأن الدافع لم يعلم أن القود يسرى فيكون موجه القود . بل ظن أنه لا يسرى وكان موجه المال ، وإن أراد أن الباطل لا يورث الشبهة وإن لم يعلم بطلانه فهو ممنوع ، ألا يرى أنه إذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها ولم يعلم بحرمتها عليه بل ظن أنها تحل له فإنه

أن الموجب الأصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجنابة به . وإنما وقع باطلا لأنه كان عن المال لعدم جريان القصاص بين أطراف الأحرار والعبيد . وإذا سرى تبين أن المال لم يكن واجبا . وإنما الواجب هو القصاص فكان الصلح واقعا بغير بدل : يعني المصالح عنه . لأن الذي كان الصلح وقع عنه وهو المال قد زال . والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح فبطل ، وباطل لا يورث شبهة . كما إذا طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها في العدة مع العلم بحرمتها عليه فإنه لا يصير شبهة لدرء الحدة فوجب القصاص . بخلاف ما إذا أعتقه لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح ، لأن الظاهر من حال العاقل أنه إذا أقدم على تصرف يقصد تصحيحه . ولا صحة لهذا الصلح إلا يجعله صلحا عن الجنابة وما يحدث منها فيجعل مصالحا عن ذلك مقتضى الإقدام على الإعتاق . ويجعل المولى أيضا كذلك دلالة . لأنه لما رضى يكون العبد عوضا عن القليل كان بكونه عوضا عن الكثير أرضى . وشرط صحة الاقتضاء وهو إمكان مقتضى موجود ، ولهذا لو نص على ذلك ورضى به المولى صح . فتبين أنه إذا أعتق حصل بينهما صلح جديد ابتداء ، وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء ، والصلح الأول وقع باطلا فيرد العبد إلى المولى والأولياء على خيرتهم في العفو والقتل . وقوله (وذكر في بعض النسخ) قال الإمام فخر الإسلام

ذكره المصنف وجوب التعليق بجنابة توجب الدية ، بل إذا كان بالأعم مثل أن يقول : إن قتلت بلا تقييد ووجد منه ما يوجب الدية كالتقتل بنقتر أو التقتل خطأ يكون الجواب كذلك (قوله والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح الخ) أقول : الظاهر أن يقول :

فأعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية إلى آخر ما ذكرنا من الرواية . وهذا الوضع يرد إشكالا فيما إذا عفا عن اليد ثم سرى إلى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هناك . وها هنا قال يجب . قيل . ما ذكر هاهنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان . وقيل بينهما فرق . ووجهه أن العفو عن اليد صح ظاهرا لأن الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا . فبعد ذلك وإن بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص . أما هاهنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال . فإذا لم يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة . هذا إذا لم يعتقه . أما إذا أعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل . قال (وإذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه ألف درهم فأعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان : قيمة لصاحب الدين . وقيمة لأولياء الجناية) لأنه أتلّف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد : الدفع للأولياء ، والبيع للغرماء . فكذا عند الاجتماع . ويمكن الجمع بين الحقين إبقاء من الرقبة الواحدة بأن

يورث الشبهة فيدرأ الحد كما صرحوا به في كتاب الحدود . وفهم أيضا هاهنا من قوله مع العلم بحرمتها عليه (قوله أما هاهنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال ، فإذا لم تبطل الجناية لم تمتنع العقوبة) أقول : يزد عليه أنه إن أريد بقولهم الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها أن الصلح لا يسقط موجب الجناية بل يقيه على حاله فهو ممنوع . كيف وقد صرحوا في صدر

رحمه الله : وذكر في بعض نسخ هذا الكتاب : أي كتاب الجامع الصغير هذه المسئلة على خلاف هذا الوضع . وساق الكلام مثل ما ذكر في الهداية ، وبعض الشارحين عبر عن النسخة الأولى بالنسخة المعروفة وعن الثانية بغير المعروفة . وقوله (إلى آخر ما ذكرنا) يعني وإن لم يعتقه ردّ إلى مولاه ويجعل الأولياء على خيرتهم بين القتل والعفو . وقوله (وهذا الوضع يرد إشكالا) قيل أي الوضع الثاني وهو النسخة الغير المعروفة ، وإنما خص هذا الوضع بورود الإشكال لأنه دفع العبد في هذا الوضع بطريق الصلح والصلح متضمن للعفو لأنه ينبي عن الحطيطة فيكون هذا نظير العفو ، ولا كذلك الوضع الأول لأن الدفع ثمة ليس بطريق الصلح بل بطريق الدفع ، فلما لم يكن بطريق الصلح لم يكن فيه حظ شيء فلا يرد إشكالا على مسئلة العفو . وقيل هذا الوضع : أي وضع الجامع الصغير في النسخة المعروفة وغيرها يرد إشكالا فيما إذا عفا عن اليد وسرى إلى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هناك ، وها هنا قال يجب . واختلف المشايخ رحمهم الله في الجواب عن ذلك ، فقال بعضهم : ما ذكر هاهنا من وجوب القصاص جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان : يعني وجوب القصاص في هذه المسئلة على النسختين جواب القياس ، وفي الاستحسان تجب الدية ، وفي مسئلة العفو وجوب الدية جواب الاستحسان ، وفي القياس يجب القصاص فكان الوضع في هذه المسئلة وتلك على القياس والاستحسان ، فاندفع التدافع وحصل التوافق . وتأن بعضهم : بينهما فرق ، وهو أن العفو عن اليد صح ظاهرا ، لأن الحق له كان في اليد من حيث الظاهر (فيصح العفو ظاهرا) وتبطل به الجناية كذلك لأن العفو عنها يبطلها (فبعد ذلك وإن بطل العفو بالسراية حكما يبنى موجودا حقيقة) وذلك كاف لمنع وجوب القصاص (أما هاهنا فالصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال ، فإذا لم تمتنع الجناية لم تمتنع العقوبة ، هذا إذا لم يعتقه ، أما إذا أعتقه فالتخريج على ما ذكرناه من قبل) وهو قوله لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده الخ . وقوله (فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لولي الجناية) يعني إذا كانت القيمة أقل من الأرش . وقوله (أتلّف حقين) واضح . وقوله (ويمكن الجمع بين الحقين) جواب عما يقال لا يلزم من كون كل واحد منهما مضمونا بكل القيمة على الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع لجواز أن يكونا متنافيين فلا يجتمعان ليكون الإلتلاف واردا عليهما . ووجهه أن الجمع بينهما ممكن أيضا من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيكون الإلتلاف واردا عليهما فيضمنهما به ، والأصل أن العبد إذا جنى وعليه

يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالإتلاف بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى إلى الغرماء ، لأن الأجنبي إنما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق لأنه دونه ، وههنا يجب لكل واحد منهما بإتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما . قال (وإذا استدان الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها ثم ولدت فإنه يباع الولد معها في الدين ، وإن جنت جناية لم يدفع الولد معها) والفرق أن الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبته استيفاء فيسرى إلى الولد كولد المرهونة ، بخلاف الجناية لأن وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها . وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسرية في الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية .

كتاب الجنايات بأن موجب القتل العمد القود إلا أن يغفوا الأولياء أو يصالحوا ، فقد جعلوا الصلح كالغفو في إسقاط موجب الجناية ، وإن أريد بذلك أن الصلح لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الأصل بل يقرر ذلك حيث وقع الصلح عنه على مال ، وإن سقط بعد تحقق الصلح فهو مسلم ، لكن لا يتم حينئذ قولهم فإذا لم تبطل الجناية لم تمتنع العقوبة . إذ لا يلزم من عدم بطلان الجناية

دين يغير المولى بين الدفع والفداء ، فإن دفع بيع في دين الغرماء ، فإن فضل شيء كان لأصحاب الولاء . وإنما بدأنا بالدفع لأن به توفير الحقين فإن حق ولي الجناية يصير موفى بالدفع ثم يباع بعده لأرباب الديون . ومتى بدأنا بدفعه في الدين تعذر الدفع بالجناية لأنه تجدد للمشتري الملك ولم يوجد في يده جناية . فإن قيل : ما فائدة الدفع إذا كان البيع بالدين بعده واجبا ؟ أجيب بأنها إثبات حق الاستخلاص لولي الجناية بالفداء بالدين ، فإن للناس في الأعيان أغراضا ، وإنما لم يبطل الدين بحدوث الجناية لأن موجبها يصير ورثة حراً ، فإذا كان مشغولا وجب دفعه مشغولا ، ثم إذا بيع وفضل من ثمنه شيء صرف إلى أولياء الجناية لأنه بيع على ملكهم ، وإن لم يف بالدين تأخر إلى حال الحرية كما لو بيع على ملك المولى الأول ، وإنما قيد المسئلة بعدم العلم ليبنى عليه قوله فعليه قيمتان ، لأنه لو اعتقه وهو عالم بالجناية كان عليه الدية إذا كانت الجناية في النفس لأوليائها ، وقيمة العبد لصاحب الدين لأن الإعتاق بعد العلم بالجناية يوجب الأرض دون القيمة وقد مر . وقوله (بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي) واضح . وقوله (فلا يظهر في مقابلته الحق) يعني حق الدفع (لأنه دونه) أي الحق دون الملك فيكون الحق مع الملك مرجوحا . قال (وإذا استدان الأمة المأذون لها ثم ولدت) فرق بين ولادة الأمة بعد استدانها وبين ولادتها بعد جنتها في أن الولد يباع معها في الأولى دون الثانية . فإن الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبته استيفاء حتى صار المولى ممنوعا من التصرف في رقبته ببيع أو هبة أو غيرهما فكانت من الأوصاف الشرعية القارة في الأم فتسرى إلى الولد كالكتابة والتدبير والرهن . وأما موجب الجناية فالدفع أو الفداء وذلك في ذمة المولى لا في ذمتها حتى لا يصير المولى ممنوعا من التصرف في رقبته ببيع أو هبة أو استخدام (وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع) فلا يسرى إلى الولد لكونه وصفا غير قار حصل عند الدفع . وقوله (والسرية في الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية) بناء على أن الوصف الحقيقي في محل لا يمكن أن ينتقل إلى غيره ، وأما الوصف الشرعي فهو أمر اعتباري يتحول بتحواله . واعتراض بوجهين : أحدهما لا نسلم أن دين الأمة في ذمتها ، فإن المولى إن اعتقها ضمن قيمتها ، ولو كان في ذمتها لما ضمن كما لو قتل مديون إنسانا فإنه لا يضمن دينه . والثاني أن ما ذكرتم لو كان صحيحا لما سرى أثر الدفع إلى أرش استحقيقه بجناية جنى بها عليها جان ودفعه إليها بطريق الأولى لما أن ولدها جزؤها وأرشها ليس كذلك ، ولما لم يسر إلى جزئها لكونه أثر فعل حقيقي كان أولى أن لا يسرى إلى ما ليس بجزء منها . وأجيب عن الأول بأن وجوب ضمان قيمة العبد المديون على المولى لتقويته ما تعلق به حق الغرماء بيبعا واستيفاء من ثمنه لا باعتبار وجوب الدين على المولى ، وإلا لوجب عليه إيفاء الديون لاضمان قيمة العبد ، وإنما لا يضمن القاتل دين من قتله لعدم المماثلة بين المتلف

(قوله وإنما لا يضمن القاتل دين من قتله الخ) أقول : الظاهر أنه كان يكفي أن يقول : وإنما لا يضمن القاتل الدين لأنه لم يفوته .

قال (وإذا كان العبد لرجل زعم رجل آخر أن مولاه أعتقه فقتل العبد. وإيا لذلك الرجل الزاعم خطأ فلا شيء له) لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وأبرأ العبد والمولى إلا أنه لا يصدق على العاقلة من غير حجة . قال (وإذا أعتق العبد فقال لرجل قتل أخاك خطأ وأنا عبد وقال الآخر قتلته وأنت حرّ فالقول قول العبد) لأنه منكر للضمان لما أنه أسنده إلى حالة معهودة منافية للضمان ، إذ الكلام فيما إذا عرف رقه : والوجوب في جنابة العبد على المولى دفعا أو فداء ، وصار كما إذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتى وأنا صبيّ أو بعث دارى وأنا صبيّ ، أو قال طلقت امرأتى وأنا مجنون أو بعث دارى وأنا مجنون وقد كان جنونه معروفاً كان القول قوله لما ذكرنا . قال (ومن أعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتى وقالت قطعها وأنا حرّة فالقول قولها ، وكذلك كل ما أخذ منها إلا الجماع والغلة استحساناً ،

بمعنى ثبوتها في الأصل عدم امتناع العقوبة بعد تحقق الصلح عنها كما هو الحال فيما نحن فيه ، بل لا يتم حينئذ الفرق رأساً بين صورتي العفو والصلح ، إذ العفو أيضاً لا ينافي ثبوت موجب الجنابة في الأصل قبل العفو كما لا يخفى (قوله ومن أعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتى وقالت بل قطعها وأنا حرّة فالقول قولها) قال صاحب العناية : هذه المسئلة أيضاً مبناها على إسناد الإقرار إلى حالة منافية للضمان . أقول : ليس هذا بسديد ، لأن مبنى هذه المسئلة التي جوابها كون القول قولها ليس على

وهو الدين وما يقابله من العين ضماناً ، وضمان العدوان يعتمد المائلة وهي مسئلة تقوم المنافع وهي معروفة . لا يقال : هذا المانع موجود في صورة النزاع فهلا اعتبر لأن للإتلاف هناك لاقى محلاً يمكن الاستيفاء من ثمنه ، بخلاف صورة النقض . فإن قيل : إذا كان تخصيص العلة . قلت : مخلصه معلوم . وعن الثاني أن الأرض بدل جزء متصل فات بالجنابة وولى الجنابة قد استحقها بكل جزء منها فما فات من الأجزاء بعوض قام العوض مقامه ، كما لو قتلت وأخذ المولى قيمتها كان عليه دفعها إلى ولى الجنابة اعتباراً للجزء بالكل ، بخلاف الولد فإنه بعد الانفصال ليس بجزء ولا بدلاً عن جزء . وقوله (وإذا كان العبد لرجل) صورته المذكورة ظاهرة . وذكر في الكتاب الإقرار بالحرية قبل الجنابة . وفي المبسوط بعدها ، ولا تفاوت في ذلك . وقوله (وإبراء العبد) يعني من كل الدية لا من قسطه فيها ، وإبراء المولى لأنه لم يدع عليه بعد الجنابة إعتاقاً حتى يصير به مختاراً للفداء إن علم بذلك أو مستهلكاً حق المجنى عليه إن لم يعلم . وكذلك لم يكن له سبيل على أخذ العبد بعد هذا الإقرار ولا على المولى بشيء ولا على العاقلة إلا بحجة . وقوله (وإذا أعتق العبد) يعني إذا أعتق عبد معروف بالرق (فقال لرجل قتل أخاك خطأ وأنا عبد وقال الآخر بل قتلته وأنت حرّ فالقول قول العبد لأنه منكر للضمان) لأنه أسند إقراره إلى حالة معهودة منافية للضمان عليه ، إذ الكلام في عبد معروف بالرق والوجوب في جنابة العبد على المولى دفعا أو فداء . واعتصر بأن العبد قد ادعى تاريخاً سابقاً في إقراره والمقر له منكر لذلك التاريخ فينبغي أن يكون القول قوله . وأجيب بأن اعتبار التاريخ للرجيع بعد وجود أصل الإقرار ، وداهنا هو منكر لأصله فصار كمن يقول لعبد أعتقتك قبل أن تخلّق أو تخلّق . وقوله (كان القول قوله) يعني مع يمينه . وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأنه منكر للضمان . قال (ومن أعتق جارية ثم قال لها) هذه المسئلة أيضاً مبناها على إسناد الإقرار إلى حالة منافية للضمان . ومعنى قوله (إلا الجماع والغلة) أن يقول لها جامعك وأنت أمتى أو أخذت منك غلة عمالك وأنت أمتى وقالت بل كان ذلك بعد العتق فإن القول قول المقر الذي هو المولى استحساناً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد : لا يضمن إلا شيئاً قائماً بعينه ، فإنه يومئذ يبرده عليها : يعني لو كان أقر بأخذ شيء منها بعينه والمأخوذ قائم في يده واختلفا فيه على هذا الوجه فإن الردّ فيه مجمع عليه ، بناها محمد رحمه الله على الأصل المذكور ، وأجاب عن تخلف

(قوله فإن قلت : إذا كان تخصيص العلة) أقول : كيف يكون تخصيص العلة والمضمون هنا ليس هو الدين بل العين التي أتلفه (قال المصنف : وكذلك كل ما أخذ منها إلا الجماع والغلة استحساناً) أقول : سبق في كتاب المأذون أن للمولى أن يأخذ غلة مثله بعد الدين .

وهذا عند أبي خنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد : لا يضمن إلا شيئاً قائماً بعينه يؤمر برده عليها (لأنه منكر وجوب الضمان لإسناده الفعل إلى حالة معهودة منافية له كما في المسئلة الأولى وكما في الوطء والغلة . وفي الشيء القائم أقر بيدها حيث اعترف بالأخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي منكورة والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد إليها . ولهما أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما إذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقتت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوعة فإن القول قول المقر له . وهذا لأنه ما أسنده إلى حالة منافية للضمان لأنه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة . وكذا يضمن مال الحربى إذا أخذه وهو مستأمن . بخلاف الوطء والغلة لأن وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر . وكذا أخذه من

إسناد الإقرار إلى حالة منافية للضمان كما في المسئلة الأولى . وإلا لما كان القول قولها . بل كان يجب أن يكون القول قول المقر كما في المسئلة الأولى . وإنما مبنى هذه المسئلة على أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع قوله إلا بخجة كما يظهر مما ذكر في الكتاب في تحليل جواب هذه المسئلة . نعم مبناها على قول محمد إسناد الإقرار إلى حالة منافية للضمان . إلا أن قوله ليس يتطابق لجواب هذه المسئلة . وإنما ذكر هنا بطريق الاستطراد لا الأصاله فما معنى بناء هذه المسئلة التي كان جوابها على قول أبي خنيفة وأبي يوسف كما صرح به في الكتاب على أصل قول محمد فيها (قوله وكذا يضمن مال الحربى إذا أخذه وهو مستأمن) قال صاحب العناية : ليس له تعلق بما نحن فيه من مسألة القطع لكنه ذكره بياناً لمسئلة أخرى . صورتها : مسلم دخل دار الحرب بأمان وأخذ مال حربى ثم أسلم الحربى ثم خرجا إلينا فقال له المسلم أخذت منك مالا وأنت حربى فقال بل أخذت منى وأنا مسلم فإنها على الخلاف . كذا قيل . فإن صح ذلك فوجه قول محمد أنه أسند إقراره إلى حاله معهودة منافية للضمان . ووجه قولهما أنه ليس كذلك لأن مال الحربى قد يضمن إذا أخذه ديناً فكان قد أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع إلا بخجة . إلى هنا كلامه . أقول : فيه نهذ من الاختلال أما أولاً فلا أن قوله ليس له تعلق بما نحن فيه من مسألة القطع ممنوع . فإنه وإن لم يكن داخلًا في مسألة القطع نفسها إلا أنه نظير لما لا شتر اكهما في العلة حيث لم يوجد في كل منهما إسناد الإقرار إلى حالة منافية للضمان عندهما : وكونه نظير لما نحن فيه تعلق محض به . فإن التنظير كثير الوقوع في استدلالهم شائع فيما بينهم . فصار قوله هنا وكذا يضمن مال الحربى إذا أخذه وهو مستأمن بمنزلة قوله فيما قبل كما إذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة الخ . وأما ثانياً

الشيء القائم بعينه بأنه أقر بيده : أى بيد المأخوذ منه (حيث اعترف بالأخذ منه ثم ادعى التملك عليه وهو منكر والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد عليها . ولهما أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله) وهذا لأنه ما أسنده إلى حالة منافية للضمان لأنه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة . بخلاف الوطء والغلة لأن وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر . وكذلك إذا أخذ من غلتها وإن كانت مديونة لا يجب الضمان عايه فحصل فيهما الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان : بخلاف غيرهما (لأنه بمنزلة ما إذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقتت) يريد بذلك براءته عن ضمان العين قصاصاً وأرشاً (وقال المقر له بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوعة) يريد به وجوب نصف الدية عليه . وهذا بناء على أن جنس العضو المتلف إن كان صحيحاً حال الإتلاف ثم تلف سقط القصاص بناء على أصل استحبابنا رحمهم الله أن موجب العمد القود على سبيل التعيين . وله العدول إلى المال فقبل العدول إذا فات المحل بطل الحق . واعتراض بأن ذلك فيما يجب فيه القصاص . كما إذا قطع يمين شخص ثم شلت يمينه وفقء العين بالتعوير لا قصاص فيه فلا يستقيم الأصل المذكور . وأجيب بأن المراد فقء ذهب به نورها ولم تنخسف والقصاص فيه جار . وقوله (وكذا يضمن مال الحربى إذا أخذه وهو مستأمن) ليس له تعلق بما نحن فيه من مسألة القطع : لكنه ذكره بياناً للمسئلة أخرى صورتها : مسلم دخل دار الحرب بأمان وأخذ مال حربى ثم أسلم الحربى ثم خرجا إلينا فقال له المسلم أخذت منك مالا وأنت حربى فقال بل أخذت منى وأنا مسلم فإنها على الخلاف . كذا قيل . فإن صح ذلك فوجه

غلتها . وإن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان . قال (وإذا أمر العبد المحجور عليه صبيا حراً بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية) لأنه هو القاتل حقيقة . وعمده وخطؤه سواء على ما بينا من قبل (ولا شيء على الأمر) وكذا إذا كان الأمر صبياً لأنهما لا يؤاخذان بأقوالهما لأن المؤاخظة فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما . ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الأمر أبداً . ويرجعون على العبد الأمر بعد الإعتاق لأن عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان أهلية العبد . بخلاف الصبي لأنه قاصر الأهلية . قال (وكذلك إن أمر عبداً) معناه أن يكون الأمر عبداً والمأمور عبداً محجوراً عليهما (بخاطب مولى القاتل بالدفع أو العداء) ولا رجوع له على الأول في الحال . ويجب أن يرجع بعد العتق بأقل من الفداء وقيمة العبد لأنه غير مضطر في دفع الزيادة ، وهذا إذا كان القتل خطأ ، وكذا إذا كان عبداً والعبد القاتل صغيراً لأن عمده خطأ . أما إذا كان كبيراً يجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد . قال (وإذا قتل العبد رجلين عبداً ولكل واحد منهما وليان فعفا أحد وليي كل واحد منهما فإن المولى يدفع نصفه إلى الآخرين أو يفديه بعشرة آلاف درهم) لأنه لما عفا أحد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالا فصار كما لو وجب المسال من الابتداء . وهذا لأن حقهم في الرقبة أو في عشرين ألفاً وقد سقط نصيب العاقين وهو النصف وبقي النصف (فإن كان قتل أحدهما عبداً والآخر خطأ فعفا أحد وليي العمد فإن فداء المولى فداء بخمسة عشر ألفاً خمسة آلاف للذي لم يعرف من وليي العمد وعشرة آلاف لولي الخطأ) لأنه لما انقلب العمد مالا كان حق وليي الخطأ في كل الدية عشرة آلاف ، وحق أحد وليي العمد في نصفها خمسة آلاف ، ولا تضايق في الفداء فيجب خمسة عشر ألفاً (وإن دفعه دفعه إليهم أثلاثاً : ثلثاه لولي الخطأ ، وثلثه لغير العاق من وليي العمد عند أبي حنيفة وقالوا : يدفعه أرباعاً : ثلاثة أرباعه لولي الخطأ ، وربعه لولي العمد) فالقسمة عندهما بطريق المنازعة ،

فلأن قوله ووجه قولهما أنه ليس كذلك لأن مال الحر قد يضمن إذا أخذه ديناً ليس بشرح مطابق للمشروح ، وإنما المطابق له أن يقال : لأن مال الحر قد يضمن إذا أخذه وهو مستأن تدبر (قوله وإن دفعه دفعه إليهم أثلاثاً : ثلثاه لولي الخطأ ، وثلثه لغير العاق من وليي العمد عند أبي حنيفة رحمه الله : وقالوا : يدفعه أرباعاً الخ) قال صاحب النهاية : وأصل هذا ما اتفقوا عليه ، وهو

قول محمد رحمه الله إنه أسند إقراره إلى حالة معهودة منافية للضمان . ووجه قولهما أنه ليس كذلك لأن مال الحر قد يضمن إذا أخذه ديناً فكان قد أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع إلا بحجة ، والله أعلم . والحاصل أن هذه المسائل على ثلاثة أوجه : في وجه يكون القول قول المولى وهو ما إذا أخذ الغلة أو وطئها ، وفي وجه يكون القول قول الجارية وهو ما إذا أقر المولى أنه أخذ منها مالا وهو قائم في يده ، وفي وجه اختلفوا وهو ما إذا استهلك مالها أو قطع يدها . وقد اتفقوا على أصليين : أحدهما أن الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان يوجب سقوط المقر به . والآخر أن من أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه لا يسمع منه إلا بحجة . فالوجه الأول مخرج على الأصل الأول بالاتفاق ، والوجه الثاني مخرج على الأصل الثاني بالاتفاق ، والوجه الثالث خرج به محمد رحمه الله على الأول وهما على الثاني . وقوله (وإذا أمر العبد المحجور) على الوجه الذي ذكره ظاهر . وقوله (على ما بينا من قبل) إشارة إلى ما ذكره قبيل فصل الجنين . وقوله (لأنه غير مضطر في دفع الزيادة) أي لضرورة في إعطاء الزيادة لأنه يتخلص عن عهدة الضمان بإعطاء الأقل من الفداء أو قيمة العبد لأنه إنما أتلف بأمره ما هو الأقل منهما . قال (وإذا قتل العبد رجلين عبداً) كلامه واضح . إلى قوله : وإن دفعه دفعه إليهم أثلاثاً : ثلثاه لولي الخطأ ، وثلثه لغير العاق من وليي العمد عند أبي حنيفة رحمه الله . وأصل هذا ما اتفقوا عليه أن قسمة العين إذا وجبت بسبب دين في الذمة كالتفريق في التركة

(قال المصنف : ويجب أن يرجع بعد العتق) أقول : قال صدر الشريعة في شرح الوقاية : وإنما قال : ويجب أن يرجع بعد العتق الخ إذ لا روية

فيسلم النصف، لولي الخطأ بلا منازعة . واستوت منازعة التريقين في النصف الآخر فيتصرف ، فلهذا يقسم أرباعا . وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة أثلاثا ، لأن الحق تعلق بالرقبة أصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف ، ولهذه المسألة نظائر وأضداد ذكرناها في الزيادات . قال (وإذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما) أى قريبا لهما (فعفا أحدهما بطل الجميع عند أبي حنيفة ، وقالا : يدفع الذى عفا نصف نصيبه إلى الآخر أو يفديه بربع الدية) وذكر فى بعض النسخ قتل وليا لهما ، والمراد القريب أيضا . وذكر فى بعض النسخ قول محمد مع أبي حنيفة ، وذكر فى الزيادات : عبد قتل مولا له ابنان فعفا احد الابنين بطل ذلك كله عند أبي حنيفة ومحمد ، وعند أبي يوسف الجواب فيه كالجواب فى مسألة الكتاب .

أن قسمة العين إذا وجبت بسبب دين فى الذمة كالغريمين فى التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة ، لأنه لا تضايق فى الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه . أما إذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين فى الذمة كما فى مسألة بيع الفضولى وهى أن فضولا لو باع عبد لإنسان كله وفضولا آخر باع نصفه وأجاز المولى البيعين كان العبد بين المشترين أرباعا وكانت القسمة بطريق المنازعة ، لأن الحق الثابت فى العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المراجعة ، لأن العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال . ولما ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله فى مسئلتنا هذه :

ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لعدم التضايق فى الذمة . فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه . وأما إذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين فى الذمة كمسألة بيع الفضولى وهى أن فضولا لو باع عبد لإنسان كله وفضولا آخر باع نصفه وأجاز المالك البيعين كان العبد بين المشترين أرباعا فكانت القسمة بطريق المنازعة . لأن الحق الثابت فى العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المراجعة ، لأن العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال ، وإذا ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : فى هذه المسألة ثلاثة أرباع العبد المدفوع لولي الخطأ ورבעه للساكت من ولي العمد . لأن حق ولي العمد كان فى جميع الرقبة ، فإذا عفا أحدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق ولي الخطأ بهذا النصف بلا منازعة ، بقى النصف الآخر واستوت منازعة ولي الخطأ والساكت من ولي العمد فى هذا النصف . فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أرباعا كما فى مسألة الفضوليين . ولأبى حنيفة رحمه الله أن أصل حقهما ليس فى عين العبد بل فى الأرض الذى هو بدل المتلف ، والقسمة فى غير العين تكون بطريق العول والمضاربة ، وهذا لأن حق ولي الخطأ فى عشرة آلاف وحق شريك العافى فى خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصته : كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم ألفان لرجل وألف لآخر مات وترك ألف درهم كانت التركة بين صاحبي الدين أثلاثا بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الألفين وثلثاها لصاحب الألف كذلك هذا بخلاف بيع الفضولى لأن الملك يثبت للمشتري فى العين ابتداء . وقوله (وإذا كان عهده بين رجلين فقتل مولى لهما) فسر المصنف رحمه الله بقوله : أى قريبا لهما ، قال الله تعالى - وإلى خفت الموالى من ورأى - أى الأقارب

لذلك . أقول : ينبغى أن لا يرجع بشئ لأن الأمر لم يصح والأمر لم يقع فى هذه الورطة لكمال عقل المأمور ، بخلاف ما إذا كان المأمور صبيا انتهى . أجب بأن أمره استخدام وإتلاف بسببه مال المولى ، وإذا استخدم العبد فغضب ضمن المستخدم ، كذا هذا فليتأمل (قوله فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه) أقول : يخالف لما أسلفه فى باب ما يدعيه الرجلان فراجع (قوله وأما إذا وجبت قسمة العين ابتداء) أقول : ولم يكن تعلق الحق بالعين على وجه الشيوع لكل واحد البعض ، ولا بد من هذا التقييد على ما صرحوا فإنه إذا كان ثبوت حق فى العين على هذا الوجه تكون القسمة عولية عنده وعندهما أيضا لا بد من التقييد بأن لا يكون تعلق الحقين على وجه الشيوع فى وقت واحد ولا تكون القسمة عولية (قوله فكانت القسمة بطريق المنازعة لأن الحق الثابت الخ) أقول : فيه بحث (قوله ولأبى حنيفة أن أصل حقهما ليس فى عين العبد بل فى الأرض الذى هو بدل المتلف ، والقسمة فى غير العين تكون بطريق العول والمضاربة) أقول : سبق من المصنف فى أول الباب أن الواجب الأصل هو الدفع فى الصحيح ، وإن كان للمولى حق النقل إلى الفداء ، وما ذكره الشارح يخالفه كما لا يخفى . ثم قول المصنف هنا لأن الحق تعلق بالرقبة يخالف ما ذكره الشارح أيضا ، إلا أن يراد بالرقبة الذمة مجازا !

ولم يذكر اختلاف الرواية . لأنى يوسف رحمه الله أن حق القصاص ثبت فى العبد على سبيل الشيوخ . لأن مالك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا . غير أنه شائع فى الكل فيكون نصفه فى نصيبه والنصف فى نصيب صاحبه . فما يكون فى نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده مالا . وما كان فى نصيب صاحبه بقى ونصف النصف هو الربع فلماذا يقال ادفع نصف نصيبك أو افدته بربع الدية . ولهما أن ما يجب من المال يكون حق المقتول لأنه بدل دمه . ولهذا تقضى منه ديونه وتنفذ به وصاياه . ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده ديناً فلا تخلفه الورثة فيه .

ثلاثة أرباع العبد المدفوع لولي الخطأ . وربعه للساكت من ولي العمد . لأن حق ولي العمد كان فى جميع الرقة . فإذا عفا أحدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق ولي الخطأ بهذا النصف بلا منازعة . بقى النصف الآخر واستوت منازعة ولي الخطأ والساكت من ولي العمد فى هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين . فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أرباعاً كما فى مسألة الفضولين . ولأنى حنيفة رحمه الله أن أصل حقهما ليس فى عين العبد بل فى الأرض الذى هو بدل التملك . والقسمة فى غير العين تكون بطريق العول والمضاربة . وهذا لأن حق ولي الخطأ فى عشرة وحق شريك العاقى فى خمسة فيضرب كل واحد منهما بمحصه . كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم ألف لرجل وألفان لآخر مات المديون وترك ألفاً كانت التركة بين صاحبي الدين أثلاثاً بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الألفين وثلثها لصاحب الألف . فكذا هاهنا بخلاف بيع الفضولى . لأن

ويحتمل أن يراد به عبدهما فعفا أحدهما بطل حق الآخر فى النفس والمال جميعاً عند أى حنيفة رحمه الله : وقال : يقال للعاقى ادفع نصف نصيبك إلى شريكك أو افدته بربع الدية . وذكر فى بعض نسخ الجامع الصغير قول محمد مع أى حنيفة رحمه الله ، والأشهر أنه مع أى يوسف رحمه الله . قال أبو يوسف ومحمد : إن حق كل واحد من المولين فى نصف القصاص شائعاً ، لأن ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له ، لأن العبد فى حق الدم مبقى على أصل الحرية والمولى فى دمه كأجنبى فيستحق دمه بالقصاص لما لم يكن مستحقاً له بالملك ، فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير أنه شائع فى الكل فيكون نصفه فى نصيبه ونصفه فى نصيب صاحبه ، فما يكون فى نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده ديناً ، وما كان فى نصيب صاحبه بقى هو نصف النصف وهو الربع فلذلك يدفع نصف نصيبه وهو الربع أو يفديه بربع الدية . ولأنى حنيفة رحمه الله أن نصيب العاقى قد سقط ونصيب الآخر وهو النصف يحتمل أن يكون كله فى ملك شريكه فينقلب مالا ، ويحتمل أن يكون كله فى ملك نفسه فيبطل أصلاً . ويحتمل أن يكون نصفه فى ملك نفسه ونصفه فى نصيب العاقى فينقلب نصف هذا النصف وهو الربع مالا ، فلما احتمل هذا واحتمل ذاك لا ينقلب مالا لأن المال لا يجب بالشك . ووقع فى نسخ الهداية فى هذا الموضوع اختلاف كثير ، والتحويل على المسموع .

(قال المصنف : لأن ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له) أقول : قال العلامة الإثنا عشرى : فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير أنه شائع فى الكل فيكون نصفه فى نصيبه والنصف فى نصيب صاحبه فما يكون فى نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده مالا ، وما كان فى نصيب صاحبه بقى ، ونصف النصف هو الربع فلماذا يقال ادفع نصف نصيبك أو افدته بربع الدية . ولهما أن ما يجب من المال يكون حق المقتول لأنه بدل دمه ولهذا يقضى منه ديونه وينفذ به وصاياه ، ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته ، والمولى يستوجب على عبده ديناً فلا يخلفه الورثة فيه ، إلى هنا لفظ صاحب الهداية فيها فى بعض نسخها ، ولم يكتب هذه النسخة فى أكثر نسخها . والحق أن يكتب : لأنه إذا لم يكتب تخلو مسألة الجامع الصغير عن الدليل أصلاً انتهى . وأنت خير بأن التعليل المذكور يختص بوضع الديات . وتبقى مسألة الجامع الصغير خالية عن التعليل البتة .

(فصل)

زمن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزداد على عشرة آلاف درهم ، فإن كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف إلا عشرة ، وفي الأمة إذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف إلا عشرة) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف والشافعي : تجب قيمته بالغة ما بلغت ، ولو غصب عبدا قيمته عشرون ألفا فهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع . لهما أن الضمان بدل المسالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد إلا من حيث المسالية ، ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المسالية أصلا أو بدلا وصار كقليل القيمة وكالغصب .

الملك يثبت للمشتري في العين ابتداء ، إلى هنا أشار الإمام قاضيخان والمحبي في الجامع الصغير ، إلى هنا كلامه . واقتنى أثره في هذا الشرح والبيان صاحبنا العناية ومعراج الدراية . أقول : فيه نظر ، لأن المصنف صرح في أوائل هذا الباب بأن الواجب الأصلي في جنابة المملوك هو الدفع ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وإن كان للمولى حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة ، وصرح به أيضا عامة الفقهاء في كتبهم فما معنى بناء قول أبي حنيفة في هذه المسئلة على أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الأرض ، وهلا يقتضي هذا أن يكون الواجب الأصلي في جنابة المملوك هو الفداء دون دفع عين العبد . ثم إن قول المصنف في بيان طريقة أبي حنيفة رحمه الله هاهنا لأن الحق تعلق بالرقبة ينبو عما ذكره هؤلاء الشراح في تعليل قول أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسئلة كما لا يخفى على ذى فطرة سليمة .

(فصل في الجنابة على العبد)

لما فرغ من بيان أحكام جنابة العبد شرع في بيان أحكام الجنابة على العبد ، وقدم الأولى ترجيحاً لجانب الفاعلية ، كذا في العناية وهو حق الأداء . وقال في النهاية وغاية البيان : إنما قدم جنابة العبد على الجنابة عليهم لأن الفاعل قبل المفعول وجوداً فكذا ترجيحاً ، أقول : فيه بحث ، لأنه إن أريد أن ذات الفاعل قبل ذات المفعول وجوداً فهو ممنوع ، إذ يجوز أن يكون وجود ذات المفعول قبل وجود ذات الفاعل مدة طويلة ، مثلاً يجوز أن يكون عمر الحنفي عليه سبعين سنة أو أكثر وعمر الجاني عشرين سنة أو أقل ، وإن أريد أن فاعلية الفاعل قبل مفعولية المفعول وجوداً فهو أيضاً ممنوع فإن المفعولية والفاعلية توجدان معاً في آن واحد وهو أن تعلق الفعل المتعدي بالمفعول بوقوعه عليه ، إذ قبل ذلك لا يتصف الفاعل بالفاعلية ولا المفعول بالمفعولية ، وكل

(فصل)

لما فرغ من بيان أحكام جنابة العبد شرع في بيان أحكام الجنابة على العبد وقدم الأول ترجيحاً لجانب الفاعلية (ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزداد على عشرة آلاف درهم ، فإن كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف درهم إلا عشرة . وفي الأمة إذا زادت قيمتها على الدية قضى لها بخمسة آلاف إلا عشرة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولاً (وقال أبو يوسف) آخره وهو قول الشافعي رحمه الله (تجب قيمته بالغة ما بلغت ، ولو غصب عبدا قيمته عشرون ألفا وهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع . لهما أن الضمان بدل المسالية) وبدل المسالية بالقيمة فالضمان بالقيمة ، أما أنه بدل المسالية فلائنه (يجب للمولى وهو لا يملك العبد إلا من حيث المسالية ، ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المسالية أصلاً) إن بقي العين (أو بدلاً) إن هلك (وصار كقليل القيمة وكالغصب) وأما أنه بدل المسالية

(فصل ومن قتل عبدا خطأ)

ولأني حنيفة ومحمد قوله تعالى - ودية مسلمة إلى أهله - أوجبها مطلقا : وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية ، ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا ، وفيه معنى المالية والآدمية أعلاهما . فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية . إذ الغصب لا يرد إلا على المال . وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمدا وإن لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذلك أمر الدية . وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية إلا أنه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا ، بخلاف كثير القيمة لأن قيمة الحر

ذلك غير خاف على الفطن العارف بالقواعد (قوله ولأني حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى - ودية مسلمة إلى أهله - أوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية) وجه الاستدلال أن الله تعالى أوجب الدية مطلقا فيمن قتل خطأ حرا كان أو عبدا . والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية : كذا في العناية وغيرها . أقول : اختلف أن يقول : لو كان الواجب فيمن قتل العبد أيضا خطأ هو الدية التي تكون واجبة بمقابلة الآدمية كان ينبغي أن لا تتفاوت ديات العبيد في المقدار لتساويهم في الآدمية : كما لا تتفاوت ديات الأحرار في القيمة لتساويهم في ذلك وإن كان بعضهم أشرف من بعض بوجوه شتى ، مع أن ديات العبيد تتفاوت في المقدار بحسب تفاوت قيمتهم كما هو المذهب فتأمل (قوله ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية . أعلاهما فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل : ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا بلا خلاف ، وفيه معنى المالية حتى ورد عليه الملك بلا خلاف والآدمية أعلاهما لا محالة فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما إذ العكس يفرض إلى إهدارهما جميعا ، لأن الآدمية أصل لقيام المالية بها ، وفي إهدار الأصل إهدار التابع ، وإهدار أحدهما أولى من إهدارهما انتهى . واعترض عليه بعض الفضلاء بأنه منقوض بصورة الغصب فإن فيها إهدار الأصل دون التابع انتهى . أقول : ليس هذا بوارد ، فإن إهدار أحدهما إنما يتصور فيما إذا وجد إلتافهما معا فاعتبر أحدهما وأهدر الآخر بأن يعطى إلتاف أحدهما حكم شرعى دون إلتاف الآخر كما فيما نحن فيه ، فإن في قتل العبد إلتاف آدمية ومالية معا ، بخلاف الغصب إذ ليس فيه إلتاف الآدمية أصلا ، وإنما الحاصل به إلتاف المالية بإزالة اليد المحقة عنه وإثبات اليد المبطللة فيه ، كما أشار إليه المصنف بقوله وضمان الغصب بمقابلة المالية ، إذ الغصب لا يرد إلا على المال ، فحيث لم يوجد فيه إلتاف الآدمية لم يلزم فيه إهدار الأصل الذي هو الآدمية ، فإن معنى إهداره أن لا يعطى لإلتافه حكم شرعى ، فإذا لم يوجد إلتافه لم يتصور أن يترتب عليه حكم شرعى فمن أين يلزم إهداره تفكر (قوله وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية إلا أنه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا) أقول : فيه إشكال ، إذ قد تقرر في علم الأصول وشاع في علم الفروع أيضا

بالقيمة فظاهر ، وهذا كما ترى ترجيح لجانب المالية على الآدمية لأن المماثلة واجب الرعاية ، والرعاية في ذلك أكثر لأن المال وإن كثر لا يماثل النفس ويمائل المال (ولأني حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى - ودية مسلمة إلى أهله -) ووجه الاستدلال أن الله تعالى أوجب الدية مطلقا فيمن قتل خطأ حرا كان أو عبدا (والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية ، ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا) بلا خلاف (وفيه معنى المالية) حتى ورد عليه الملك بلا خلاف (والآدمية أعلاهما) لا محالة (فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما) إذ العكس يفرض إلى إهدارهما جميعا لأن الآدمية أصل لقيام المالية بها ، وفي إهدار الأصل إهدار التابع ، وإهدار أحدهما أولى من إهدارهما . فإن قيل : لا نسلم أن الجمع بينهما متعذر بل بإيجاب القيمة باللغة ما بلغت يوجد الجمع بينهما . أجيب بأن الجمع إنما يوجد بإيجاب الدية مع كمال القيمة ، وذلك لا يجوز القول به لخروجه عن الإجماع . وقوله (وضمان الغصب) جواب عن قولهما وكان كالغصب . وقوله (وبقاء العقد) جواب عن قولهما ولو قتل العبد المبيع . وقوله (وفي قليل القيمة) جواب عن قولهما وصار كقليل القيمة .

(قوله لأن الآدمية أصل لقيام المالية بها ، وفي إهدار الأصل إهدار التابع) أقول : منقوض بصورة النصب فإن فيها إهدار الأصل

مقدرة بعشرة آلاف درهم ونقصنا منها في العبد إظهاراً لانحطاط رتبته، وتعيين العشرة بأثر عبد الله بن عباس رضى الله عنهما . قال (وفي يد العبد نصف قيمته لايزاد على خمسة آلاف إلا خمسة) لأن اليد من الأدنى نصفه فتعتبر بأكمله ، وينقص هذا المقدار إظهاراً لانحطاط رتبته ، وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لأن القيمة في العبد كالدية في الحر إذ هو بدل الدم على ما قررناه ، وإن غصب أمة قيمتها عشرون ألفاً فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا أن ضمان الغصب ضمان المالية . قال (ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك . فإن كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه وإلا اقتصر منه : وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : لا قصاص في ذلك ، وعلى القاطع أرش اليد ، وما نقصه ذلك إلى أن يعتقه ويبطل الفضل) وإنما لم يجب القصاص في الوجه الأول لاشتباهه من له الحق ،

أن الرأى والقياس لا يجريان في المقادير ، بل إنما تعرف المقادير بالسمع فكيف يجوز التقدير بالقيمة هنا بالرأى من غير سمع؟ وأيضاً أن العبد لا يتفاوتون في نفس آدمية لا محالة ، وعن هذا لا يتفاوتون في شيء من تكاليف الشرع المتوجهة عليهم من حيث الآدمية ، كالتكليف بالإيمان والصلاة والصوم وغيرها من شرائع المعاملات والعقوبات كما صرحوا به ، فكيف يتم تقدير الواجب عليهم بمقابلة الآدمية فيما نحن فيه بقيمتهم وهم متفاوتون في القيم (قوله وإن غصب أمة قيمتها عشرون ألفاً فماتت في يده فعليه تمام قيمتها) أقول : لقائل أن يقول : ذكر هذه المسئلة مرة فيما قبل حيث قال : ولو غصب عبداً قيمته عشرون ألفاً وهلك في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع فما وجه الإعادة هنا ، وتكرار مسئلة واحدة في موضع قريب ليس من دأب المصنفين كما لا يخفى . ويمكن أن يقال : أصل المسئلة ما ذكر هنا فإنه المذكور في الجامع الصغير والبداية ، والذي ذكر فيما قبل إنما هو بطريق الاستطراد فرقا بين مسئلة قتل العبد خطأ وبين مسئلة غصبه في الحكم ، حيث يجب في الأولى أقل من عشرة آلاف درهم إذا زادت قيمته على دية الحر عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف والشافعي ، ويجب في الثانية قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع وجماً للدليل تينك المسئلتين في البيان في موضع واحد (قوله وإنما لم يجب القصاص في الوجه الأول لاشتباهه من له الحق ،

وقوله (بأثر عبد الله بن مسعود رضى الله عنه) وقع في بعض النسخ : ابن عباس رضى الله عنهما وهو ما روى عنه : لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم . والأول أصح لما افتقته لأكثر النسخ . واعتراض بأن أثر ابن مسعود رضى الله عنه معارض بما روى أن عمر وعليا وابن عمر رضى الله عنهم أوجبوا في قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت . وأجيب بأن المروى عن ابن مسعود رضى الله عنه أرجح . لأن فيه ذكر المقدار وهو مما لا يهتدى إليه العقل ، وليس فيما روى عن غيره ذلك ، بل فيه قياس سائر الأموال من تبلغ قيمته بالغة ما بلغت فكان محمولاً على أنهم قالوا بالرأى ، ومثله لا يعارض ما هو بمنزلة المسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقوله (لايزاد على خمسة آلاف إلا خمسة) أى لايزاد على هذا المقدار قال في النهاية : هذا الذى ذكره خلاف ظاهر الرواية ، لأنه ذكر في المبسوط ، فأما طرف المملوك فقد بينا أن المعتبر فيه المالية لأنه لا يضمن بالقصاص ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب فيه القيمة بالغة ما بلغت ، إلا أن محمداً رحمه الله قال في بعض الروايات . القول بهذا يؤدى إلى أنه يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله إلى أن قال : فلهذا قال : لايزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة آلاف إلا خمسة . وقوله (لأن القيمة في العبد كالدية في الحر) يعنى يجب في موضحة العبد نصف عشر قيمة العبد لأنه يجب في الحر نصف عشر الدية (إذ هو) أى القيمة (بدل الدم على ما قررنا) إشارة إلى قوله ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى - ودية مسلمة إلى أهله - وقوله (وإن غصب أمة) ظاهر . قال (ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى) صورة المسئلة ظاهرة وكذا تحرير المذاهب . وقوله (في الوجه الأول) يعنى فيما إذا كان له ورثة غير المولى . وقوله (لاشتباهه من له الحق) يعنى المستوفى وجهاته تمنع القصاص

لأن القصاص يجب عند الموت مستندا إلى وقت الجرح ، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى ، وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى وفيه الكلام ، واجتماعهما لايزيل الاشتباه لأن الملكين في الحالين ، بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر إذا قتل ، لأن ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح إلى وقت الموت . فإذا اجتمعا زال الاشتباه . ولمحمد في الخلافية وهو ما إذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى أن سبب الولاية قد اختلف لأنه الملك على اعتبار إحدى الحاليتين والورثة بالولاء على اعتبار الأخرى ، فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه

لأن القصاص يجب عند الموت مستندا إلى وقت الجرح ، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى ، وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه الخ) واعتراض عليه بعض العلماء بأنه ماعنى هذا الرد وقد صرحوا فيها لو ضرب الأمة الحاملة فأعتق المولى الأمة ثم ألقته حيا فمات الولد بأن المعتبر حالة الضرب حتى تجب القيمة لا الدية اه . أقول : ليس هذا بشئ ، إذ قد صرحوا في بيان تلك المسئلة بأننا اعتبرنا حالتي الضرب والتلف معا ، فأوجبنا القيمة دون الدية اعتبارا لحالة الضرب ، وأوجبنا قيمته حيا اعتبارا لحالة التلف ، وقد مر ذلك في الكتاب وشروحه مفصلا في أواخر فصل الجنين فكان ذلك البعض حفظ بعض ما ذكر هناك ونسى بعضه فزعم أن المعتبر هناك حالة الضرب فقط (قوله وفيه الكلام) قال صاحب النهاية : أى الكلام فيما إذا كان للعبد ورثة سوى المولى . وقال : ووصل شيخي بخطه الضمير في وفيه إلى وتعذر الاستيفاء لكن ما ل ذلك إلى ما قلنا اه . وقال صاحب الكفاية : قوله وفيه الكلام : أى في وجوبه على وجه يستوفى ، ولا كلام في أصل الوجوب لأن الوجوب لإفادة الاستيفاء ، فإذا فات المطاوب منه سقط اعتباره اه . وقال صاحب الغاية : قوله وفيه الكلام : أى كلامنا في تحقق اشتباه من له حق استيفاء القصاص : يعنى أن تعذر استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء اه . واختار صاحب العناية من بين تلك الأقوال ما ذكره صاحب النهاية من عند نفسه حيث قال : قوله وفيه الكلام : أى وفيه إذا كان له ورثة غير المولى ، ونقل سائر الأقوال بقوله وقيل وقيل وقيل . أقول : ما ذهب إليه صاحب النهاية في تفسير مراد المصنف هنا واختاره صاحب العناية ليس بشئ عندى ، لأن المصنف بعد أن قال فيما قبل وإنما لا يجب القصاص في الوجه الأول مريدا به ما إذا كان له ورثة غير المولى كما صرح به الشراح قاطبة كيف يحتاج هنا إلى أن يقول والكلام فيما إذا كان له ورثة غير المولى ، وهلا يكون هذا لغوا من الكلام كما يشهد به الفطرة السليمة . وأما ما ذهب إليه شيخ صاحب النهاية وما ذهب إليه صاحب الغاية فلا يخلو كل منهما عن الركاكة ، بل عن اللغوية أيضا كما يدركه الذوق الصحيح . وإنما الحق الصريح هنا ما ذهب إليه صاحب الكفاية ، إذ ينتظم المعنى حينئذ جدا ويتعلق الكلام بقربيه المتصل به من حيث اللفظ كما ترى (قوله فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه) قال جمهور الشراح في تفسير ما يحتاط فيه : أى الذى

وقوله (وفيه الكلام) أى فيما إذا كان له ورثة غير المولى ، وقيل أى في وجوبه على وجه يستوفى لأعلى أصل الوجوب لأنه لإفادة الاستيفاء فإذا فات المقصود سقط اعتباره . وقيل : أى في تعذر الاستيفاء . وقيل أى في تحقق اشتباه من له القصاص ، ومعناه أن تعذر استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء . وقوله (واجتماعهما لايزيل الاشتباه) جواب عما يقال سلمنا أن من له الحق مشتبه لكن يزول الاشتباه باجتماعهما . ووجهه أن اجتماعهما لايزيله لأن الملك في الحالين مختلف : فإن الملك للمولى وقت الجرح دون الموت وللاورثة بالعكس . وعند الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد منهما على الدوام في الحالين فلا يكون الاجتماع مفيدا (بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر) فإن كل واحد منهما لم ينفرد بالقصاص لأن الموصى له بالخدمة لا ملك له في الرقبة . والموصى له بالرقبة إذا استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة ، لأن الرقبة فانت إلى بدل فلا يملك إبطال حقه عليه ، ولكن إذا اجتمعا فقد رضى الموصى له بالخدمة بفوات حقه فيستوفيه الآخر لزال الاشتباه . وقوله (على اعتبار إحدى الحاليتين) وهى حالة الجرح قبل العتق والحالة الأخرى هى حالة الموت بعد العتق . وقوله (فيما يحتاط فيه)

كما إذا قال آخر بعنى هذه الجارية بكذا فقال المولى زوجته منك لا يحل له وطؤها ولأن الإعتاق قاطع للسراية ، و بانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص . ولهما أنا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفى

لا يثبت بالشبهات ، وقالوا : فإنه يحرز بهذا عن قال لآخر لك على ألف من قرض فقال المقر له بل من ثمن مبيع فإنه يقضى بالمال وإن اختلف السبب ، لأن ذلك من الأموال والأموال مما يقع فيها البذل والإباحة فلا يبالي باختلاف السبب اه . وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن الشروح : فيه نظر ، لأن الاحتراز بالذى لا يثبت بالشبهات إنما يكون عما يثبت بالشبهات والأموال ليست كذلك اه . أقول : هذا النظر ساقط جدا ، إذ لا شك أن الأموال مما يثبت بالشبهات ؛ ألا يرى إلى ما صرحوا به في كتاب الشهادة من أن في شهادة النساء شبهة البدية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيها يندرى بالشبهات من الحدود والقصاص وتقبل فيها سوى ذلك من الحقوق ما لا كانت أو غير مال . ثم قال صاحب العناية : والأولى أن يفسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج . فإنه استشهد بعده بحل الوطء وهو مما يثبت بالشبهات اه . أقول : فيه خلل أما أولا فلأن المصنف ما استشهد بعده بحل الوطء وإنما استشهد بعدم حله كما ترى . وأما ثانيا فلأن حل الوطء ليس مما يثبت بالشبهات قطعا . نعم لا يجب الحد بالوطء بشبهة الملك أو شبهة المحل . لكن لا يحل الوطء بشيء من ذلك كما عرف في كتاب الحدود . فإن وجه الخلل الأول بتقدير المضاف بأن يكون الأصل بعدم حل الوطء يبقى الخلل الثاني بلا تحمل توجيه . ثم إن بعض الفضلاء قال في نقل عبارة العناية : وهو ما يثبت بالشبهات بدل وهو مما يثبت بالشبهات ، وقال لفظة « ما » نافية . أقول : نسخ العناية التي رأيناها لاتوافق ما ذكره . وعلى فرض صحة ذلك لا يرتفع الإشكال عن كلام صاحب العناية هنا ، لأنه لما فسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج لزم أن يحرز به عن الأموال بالضرورة لأنها ليست من الدماء ولا من الفروج ، فإن كان عبارة العناية فإنه استشهد بعده بحل الوطء وهو ما يثبت بالشبهات وكان لفظة ما نافية لزم أن يرد عليه مثل النظر الذى أورده على سائر الشروح بأن يقال : الأموال أيضا لا تثبت بالشبهات على زعمك فصارت كما استشهد به ، فاما معنى الاحتراز عنها بتفسير ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فيلزم أن يكون ما عده أولى مشترك الإلزام تأمل تفهم (قوله ولأن الإعتاق قاطع للسراية ، و بانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص) هذا دليل آخر لمحمد رحمه الله تعالى ، وذلك لأن الإعتاق يصير النهاية

يعنى في الذى لا يثبت بالشبهات فإنه يحرز بهذا عن قال لآخر لك على ألف من قرض فقال المقر له لا بل من ثمن مبيع فإنه يقضى بالمال وإن اختلف السبب . لأن ذلك من الأموال والأموال مما يقع البذل والإباحة فيها فلا يبالي باختلاف السبب ، كذا في الشروح ، وفيه نظر ، فإن الاحتراز بالذى لا يثبت بالشبهات إنما يكون عما يثبت بالشبهات ، والأموال ليست كذلك . والأولى أن يفسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فإنه استشهد بعده بحل الوطء وهو مما يثبت بالشبهات أو يفسر بالذى لا يجرى فيه البذل . وهو راجع إلى الأول . وقوله (ولأن الإعتاق قاطع للسراية) دليل آخر ، وذلك لأن الإعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية ؛ وذلك يمنع القصاص ؛ ألا ترى أن من جرح عبد إنسان ثم أعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة ، وإنما يضمن النقصان ، فإن كان خطأ فبالاتفاق ، وإن كان عمدا . فعند محمد رحمه الله لأن الدليل وهو مخالفة النهاية للبداية لا يفصل بينهما و بانقطاعهما يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص كأنه تلف بآفة سماوية . فإن قيل : ينبغي أن يجب أرض اليد للمولى لكونه جرحا بلا سراية . أجيب بأنه لا يجب نظرا إلى حقيقة الجنائية وهو القتل لأنه إذا سرى تبين أن الجنائية قتل لا قطع (ولهما أنا تيقنا) بثبوت ولاية الاستيفاء في العمد للمولى فيستوفيه

(قوله والأموال ليست كذلك) أقول : فيه بحث ، بل هي كذلك ؛ ألا يرى أنها تثبت بشهادة رجل وامرأتين على ما مر تفصيله ، ولعل الشبهة إنما نشأت من اشتباه الشبهة بالشك فإنها لا تثبت بالتانى دون الأول فتأمل (قوله فإنه استشهد بعده بحل الوطء) أقول : أى بعدم حل الوطء فالمضاف مقدر (قوله وما يثبت بالشبهات) أقول : لفظة « ما » نافية .

وهذا لأن المقضى له معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء . بخلاف الفصل الأول ، لأن المقضى له مجهول ، ولا معتبر باختلاف السبب هاهنا لأن الحكم لا يختلف ، بخلاف تلك المسئلة لأن ملك العيين يغير ملك النكاح حكما ، والإعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق ، وذلك في الخطأ دون العمد لأن العبد لا يصلح مالكا للمال ، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى . وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحرته فيقضى منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه . أما العمد فوجبه القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه . وعلى اعتبار أن يكون الحق له فالمولى هو الذى يتولاه إذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق ، وإذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد نيب أرش اليد . وما نقصه من وقت الجرح إلى وقت الإعتاق كما ذكرنا لأنه حصل على ملكه ويبطل الفضل . وعندهما الجواب في الفصل الأول

مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص ، ألا يرى أن من جرح عبد إنسان ثم أعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة ، وإنما يضمن النقصان ؛ فإن كان خطأ بالاتفاق ، وإن كان عمدا فعند محمد رحمه الله تعالى ؛ لأن الدليل وهو مخالفة النهاية للبداية لا يفصل بينهما ، وبانقطاعهما يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص كأنه تلف بآفة سهاوية ؛ كذا في العناية وكثير من الشروح . وقال في العناية بعد ذلك : فإن قيل : ينبغي أن يجب أرش اليد للمولى لكونه جرحا بلا سراية . أجيب بأنه لا يجب نظرا إلى حقيقة الجنابة . وهو القتل ، لأنه إذا سرى تبين له أن الجنابة قتل لا قطع اهـ . أقول : فيه بحث ، وهو أنه إن أراد بقوله في السؤال ينبغي أن يجب أرش اليد للمولى أنه ينبغي أن يجب ذلك في مسئلة الكتاب كما هو الظاهر من قوله أرش اليد دون أن يقول أرش الجرح فلا ورود للسؤال المذكور أصلا ، إذ يجب أرش اليد للمولى عند محمد في مسئلة الكتاب على ما صرح به في الكتاب ، فلا مجال للسؤال على دليل محمد رحمه الله بأنه ينبغي على مقتضاه أن يجب أرش اليد للمولى ، وإن أراد به أنه ينبغي أن يجب ذلك في المسئلة التي ذكروها هاهنا على سبيل التنوير ، وهى أن من جرح عبد إنسان ثم أعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة فللسؤال المذكور ورود ، ولكن الجواب عنه بما ذكره منقوض بمسئلة الكتاب فإنه يجرى فيها أيضا مع أنه يجب فيها أرش اليد عند محمد كما تحققت تدبر (قوله وذلك في الخطأ دون العمد لأن العبد لا يصلح مالكا للمال ، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى ، وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحرته فجاء الاشتباه) أقول : في هذا المقام ضرب من الإشكال لأن الحق على اعتبار حالة الموت وإن كان للميت ، إلا أنه لا يقرر عليه بل ينتقل إلى المولى بالوراثه ،

(لأن المقضى له) وهو المولى (معلوم والحكم) وهو استيفاء القصاص (متحد فوجب القول بثبوت الاستيفاء بخلاف الفصل الأول) يعنى ما إذا كان له ورثة غير المولى حيث لم يجب القصاص بالاتفاق (لأن المقضى له مجهول) لأننا لو اعتبرنا حالة الجرح كان المقضى له هو المولى ، ولو اعتبرنا حالة الموت كان الورثة (ولا معتبر باختلاف السبب هنا) أى في الفصل الثانى وهو ما إذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى في العمد ، لأن الحكم وهو استيفاء القصاص لا يختلف وهو في الحالين لواحد وهو المولى ، بخلاف تلك المسئلة : يعنى المستشهد بها بقوله كما إذا قال لآخر يعنى هذه الجارية الخ فإن الحكم فيها يختلف (لأن ملك العيين يغير ملك النكاح حكما) لأن ملك النكاح يثبت الحل مقصودا وملك العيين قد لا يثبت ولو أثبت لم يكن مقصودا ، واختلف الحكم كما اختلف السبب . وقوله (والإعتاق لا يقطع السراية) جواب عن قوله ولأن الإعتاق قاطع للسراية ، ومعناه الإعتاق قاطع للسراية في صورة الخطأ دون العمد ، وذلك لأنه لا يقطع السراية (لذاته بل لاشتباه من له الحق ، وذلك في الخطأ لأن العبد لا يصلح مالكا للمال) فيكون الحق حالة الجرح للمولى لكونه قبل العتق (وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحرته فتقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه فجاء الاشتباه ، أما العمد فوجبه القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه) فالحق للعبد والمولى يستوفيه بطريق الخلافة عنه ، إذ الفرض أنه (لا وارث سواه فلا اشتباه فيمن له الحق) والحاصل من هذا كله أن صور من قطع يد عبد غيره فأعتقه المولى ثم مات لا تريد على أربع ، لأنه إما أن قطع عمدا أو خطأ ، فإن كان الأول فإما أن يكون للعبد وارث

كالحجواب عند محمد في الثاني . قال (ومن قال لعبديه أحدهما حرّ ثم شجّا فأوقع العتق على أحدهما فأرشهما للمولى) لأن العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة (ولو قتلها رجل تجب دية حرّ وقيمة عبد) والفرق أن البيان لإنشاء من وجه وإظهار من وجه على ما عرف . وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر إنشاء في حقهما . وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه إظهارا محضاً ، وأحدهما حرّ يبقين فتجب قيمة عبد ودية حرّ ، بخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين ، لأننا لم نتيقن بقتل

فكان من له الحق في المال على كلتا الحالتين هو المولى فلا اشتباه ؛ ألا يرى إلى قول المصنف في صورة العمد وعلى اعتبار أن يكون الحق للعبد فالمولى هو الذي يتولاه . إذ لا وارث سواه فلا اشتباه فيمن له الحق ، وإن ادعى أن اختلاف من له الحق ابتداء كاف في تحقق الاشتباه المقضى لقطع الإعناق السراية واتحاده بالنظر إلى الانتباه . والمال غير مفيد في دفع ذلك يتجه الإشكال على صورة العمد . فإن حق القصاص في هاتيك الصورة للعبد على اعتبار حالة الجرح لكون العبد بقي على أصل الحرية في حق القصاص كما صرحوا به . وللمولى على اعتبار حالة الموت بناء على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى من أن حق استيفاء القصاص ثابت لوارث ابتداء من غير أن ينتقل إليه بطريق الورثة كما في الدية . لأن ملك القصاص إنما يثبت بعد الموت والميت ليس من أهله لأنه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت ، بخلاف الدية لأن الميت من أهل الملك في الأموال . كما إذا نصب شبكة وتعقل بها صيد بعد موته على ما تقرّر كله في أول باب الشهادة في القتل من كتاب الجنايات فيلزم اشتباه من له الحق ابتداء في صورة العمد أيضاً على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى : فلا يظهر الفرق بين صورتي الخطأ والعمد بالوجه المذكور في الكتاب على أصله فلا يتم التقريب على قوله في مسئلتنا فليتأمل في الدفع (قوله وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر إنشاء في حقهما) أقول : لقائل أن يقول : الظاهر المطابق اوضع المسئلة أن يقال : فاعتبر إنشاء في حق من أوقع العتق عليه وهو أحدهما المتعين بالبيان

سوى المولى أو لم يكن ، فإن كان يقطع الإعناق السراية بالاتفاق فلا يجب القصاص لجهالة المقضى له والمقضى به . وإن لم يكن لا يقطعها عندهما خلافاً لمحمد رحمه الله ، وإن كان الثاني فالإعناق يقطعها بالاتفاق سواء كان له وارث أو لم يكن ، فلا تجب القيمة أو الدية بل يجب نقصان القيمة بالقطع والباقي ظاهر . قال (ومن قال لعبديه أحدهما حرّ ثم شجّا) إذا قال لعبديه أحدهما حرّ ثم شجّا فأوقع العتق على أحدهما ؛ أى بين ذلك المبهم بالتعيين في أحدهما ، وإنما ذكره بلفظ أوقع ليدل به على أن العتق لم ينزل على أحدهما في حق الأرض معينا وإن كان ظهر وقوع العتق على أحدهما في بعض الصور كما في الموت والقتل . فإنه إذا قال أحدهما حرّ فأتى أحدهما أو قتل تعين العتق للآخر (فأرشهما للمولى لأن العتق غير نازل في المعين ، والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة) فيكون أرشهما للمالك (ولو قتلها رجل تجب دية حرّ وقيمة عبد) لا قيمة عبدتين ولا دية حرين (والفرق أن البيان وهو تعيين العتق المبهم في أحدهما إنشاء من وجه وإظهار من وجه على ما عرف) في أصول الفقه أن البيان لإنشاء من وجه حتى يشترط صلاحية المحل للإنشاء ، فلو مات أحدهما فبين العتق فيه لا يصح ، وإظهار من وجه حتى يجبر عليه ، ولو كان إنشاء من وجه لما أجبر عليه إذ المرء لا يجبر على إنشاء العتق والعبد (بعد الشجة محلا للبيان فاعتبر إنشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا له فاعتبرناه إظهارا محضاً ، وأحدهما حرّ يبقين فتجب قيمة عبد ودية حرّ ، بخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما رجل) والأصل في هذا أن القاتل إما أن يكون واحداً أو اثنين ، فإن كان واحداً فإما أن قتلها معا أو متعاقبا ؛ فإن كان الأول فالحكم ما ذكرنا من وجوب القيمة للمولى والدية للورثة ، فإن لم يكن له ورثة غير المولى فظاهر ، وإن كانت فكل واحد منهما تجب ديته في حال وقيمته في حال ، ويقسم ذلك باعتبار الأحوال . وهذا إذا استوت القيمتان . وأما إذا اختلفتا فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية حرّ لأننا نتيقن أنه قتل عبداً وحرّاً وقتل الحرّ يوجب الدية ، وليس أحدهما أولى من الآخر فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل واحد منهما . وإن كان الثاني فقد تعينت الحرية في الثاني بقتل الأول . فكان على القاتل قيمة الأول للمولى ودية الثاني للورثة ، وإن كان القاتل اثنين فإما أن قتلا معا أو متعاقبا ، فإن كان الأول كان على كل

كل واحد منهما حراً وكل منهما ينكر ذلك ، ولأن القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لأنه لا يفيد فائدة ، وإنما صححناه ضرورة صحة التصرف وأثبتنا له ولاية النقل من المجهول إلى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الأطراف فبقى مملوكاً في حقها . قال (ومن فقهاً عيني عبد ، فإن شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته وإن شاء أمسكه ، ولا شيء له من النقصان عند أبي حنيفة ، وقالوا : إن شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه ، وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمته) وقال الشافعي : يضمه كل القيمة ويمسك الجثة لأنه يجعل الضمان مقابلاً للفائت فبقى الباقي على ملكه ، كما إذا قطع إحدى يديه أو فقهاً إحدى عينيه . ونحن نقول : إن المسألة قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الأطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصراً عليه . وإذا كانت معتبرة

فتأمل في التوجيه (قوله ونحن نقول : إن المسألة قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الأطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصراً عليه) قال جمهور الشراح في حل هذا المقام : يعني أن المسألة معتبرة في حق الأطراف كما أنها معتبرة في حق الذات لسقوط اعتبار المسألة في حق الذات قصراً عليه : أي لأن اعتبار المسألة في حق الذات مقتصر على ساقط بالإجماع : يعني لم يقتصر اعتبار المسألة على الذات فحسب ، بل اعتبرت في حق الذات والأطراف جميعاً ، هذا زبد ما قالوا . أقول : فعلى هذا المعنى يكون كلام المصنف هنا منافياً لما ذكره في تعليل المسئلة المارة في صدر هذا الفصل من قبل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى حيث قال : ولأن فيه : أي في العبد معنى الآدمية حتى كان مكلفاً وفيه معنى المسألة والآدمية أعلاهما فيجب اعتبارها بإهداء الأدنى عند تعدد الجمع بينهما اهـ . فإن مدلول ما قاله هناك أن المسألة التي هي أدنى من الآدمية مهدرة في حق ذات العبد لتعدد الجمع بينهما وبين الآدمية ، وإنما المعتبرة فيه هي الآدمية عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، ومدلول كلامه هنا على المعنى المذكور أن المسألة معتبرة في حق ذات العبد وأطرافه جميعاً عند أئمتنا فينبغي تدافع لا يخفى . ثم إن صاحب العناية من بين هؤلاء الجمهور قال في تقرير المعنى المذكور : ونحن نقول إن المسألة قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الأطراف ، لأن اعتبارها

واحد منهما قيمة عبد لأن كل واحد من القاتلين إنما قتل أحدهما بعينه ، والعتق في حق العين كأنه غير نازل وإنما هو نازل في المنكر ، ولا يتيقن أن كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر فيجب على كل واحد منهما القدر المتيقن به وهو القيمة ، ولم يبين في المبسوط أن ذلك للمولى أو لورثتهما . وقيل هذا والأول سواء النصف للمولى من كل واحد منهما والنصف للورثة ، فإن العتق في حق المولى ثابت في أحدهما فلا يستحق بدل نفسه فيوزع ذلك عليهما نصفين ، وإن لم يدر أيهما قتل أولاً فالحكم كذلك ، وإن كان الثاني فعلى القاتل الأول قيمته لمولاه وعلى الثاني دية الثاني لورثته ، لأن العتق تعين فيه ، وقد ظهر لك من هذا أن ما ذكره المصنف رحمه الله فيما إذا كان قتلتهما معاً سواء كان القاتل واحداً أو اثنين . وقوله (ولأن القياس) معطوف على أن في قوله والفرق أن البيان إنشاء . ووجهه أن القياس (يأبى ثبوت العتق في المجهول) لأنه لا يفيد فائدة العتق من أهلية الولاية للقضاء والشهادة . وما هو كذلك فلا معتبر به في الشرع (وإنما صححناه ضرورة صحة التصرف وأثبتنا له ولاية النقل من المجهول إلى المعلوم) بطريق البيان بتعيين المبهم في أحدهما بعينه (فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس) لأنها محل العتق (دون الأطراف) لأنه إن حلها حل تبعاً فبقي العبد مملوكاً في حق الأطراف على أصل القياس . قال (ومن فقهاً عيني مملوك) هذه المسئلة تسمى مسئلة الجثة العمياء وصورتها ظاهرة ، ودليل الشافعي رحمه الله كذلك ، وقاس على ما إذا قطع إحدى يدي أو مدبر ، وعلى ما إذا قطع إحدى يديه وفقهاً إحدى عينيه . ونحن نقول : إن المسألة قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الأطراف ، لأن اعتبارها في حق الذات : أي جميع البدن وحده مقتصر على ساقط بالإجماع ، فإن الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الأطراف ، ولأنها أولى باعتبار المسألة فيها لأنها يسلك بما يسلك الأموال . وإذا كانت معتبرة في الأطراف كان قيامها فيها كقيامها في الذات وفواتها بفواتها كفواتها بفوات الذات ، فكان إتلاف الأطراف كإتلاف الذات من وجه بتفويت جنس

(قوله فإن الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الأطراف) أقول : فيه بحث .

وقد وجد إلتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب أن يتملك الحثّة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة ، بخلاف ما إذا فقأ عيني حرّ لأنه ليس فيه معنى المالية ، وبخلاف عيني المدبر لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك ، وفي قطع إحدى اليدين وفقء إحدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة . ولهما أن معنى المالية لما كان معتبرا وجب أن يتخير المولى على الوجه الذى قلناه كما فى سائر الأموال فإن من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا إن شاء المالك دفع الثوب إليه وضمنه قيمته ، وإن شاء أمسك الثوب ضمنه التقصان . وله أن المالية وإن كانت معتبرة فى الذات فالآدمية غير مهذرة فيه وفى الأطراف أيضا ؛ ألا ترى أن عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع أو الفداء وهذا من أحكام الآدمية ، لأن موجب الجناية على المال أن تباع رقبته فيها ثم من أحكام الأولى أن لا ينقسم على الأجزاء ،

فى حق الذات : أى فى جميع البدن وحده مقتصرا عليه ساقط بالإجماع ، فإن الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الأطراف اه . أقول : فيه خلل زائد . أما أولا فلأنه فسر الذات بجميع البدن ، وليس بصحيح لأن جميع البدن من الأطراف . قال فى الصحاح : بدن الإنسان جسده ، وقوله تعالى - فالיום ننجيك ببدنك - قالوا : بجسد لا روح فيه اه . وإنما المراد بالذات ما يقابل الأطراف وهو النفس وإتلافها بإزالة الروح . وأما ثانيا فلأنه علل سقوط اقتصار اعتبار المالية على الذات بقوله فإن الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الأطراف ، وليس بسديد لأن إيجاب الشرع كمال الدية بتفويت ذلك لا يبدل على اعتبار المالية فى حق الأطراف لحواز أن يكون إيجابه إياه للآدمية كما فى الحرّ تدبر . وقال تاج الشريعة من الشراح فى حل كلام المصنف هنا : يعنى أن اعتبار المالية فى الأطراف لا فى الذات لأنها تسلك مـ سلك الأموال ولهذا لا يتحملها العاقلة ، وفسر الذات فى قول المصنف المالية قائمة فى الذات بالعبء حيث قال : أى فى العبد . وقال فى شرح قوله لسقوط اعتبارها فى حق الذات قصرا عليه : يعنى أن سقوط اعتبار المالية مقتصرا فى النفس لا فى الأطراف ، ووجوب الضمان بدل الآدمية لا بدل المالية ، ولهذا لا يجاوز على عشرة آلاف بل ينقص عشرة فتكون المالية فى العبد باعتبار الأطراف اه . أقول : هذا المعنى هو المطابق لما ذكره المصنف فى تعليل المسئلة المارة فى صدر الفصل من قبل أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وإن كان فى استفادته من عبارة المصنف ها هنا تحمل كثير كما ترى ، لكنه غير مطابق لما ذكره هناك من قبل أبى يوسف ، وكلامه هنا مسوق لإقامة الحججة على الشافعى من قبل أئمتنا جميعا ولهذا قال : ونحن نقول : فلا بد أن يطابق لأصلهم جميعا وقد فات ذلك ، وبالجملة إن كلام المصنف رحمه الله هنا ليس بخال عن الاضطراب كما لا يذهب على الفطن ، ولعل صاحب الكافى تفتن له حيث ترك أسلوب تقرير المصنف هنا وسلك مسلكا آخر فى التقرير والبيان مع كون عادته أن يقتنى أثر المصنف فى وضع المسائل وتقرير الدلائل (قوله وله أن المالية وإن كانت معتبرة فى الذات فالآدمية غير مهذرة فيه وفى الأطراف أيضا)

المنفعة (وقد وجد إلتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة) فيجب الضمان (والضمان يتقدر بقيمة الكل) وأداء قيمة الكل يقتضى (تملك الحثّة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما إذا فقأ عيني حرّ لأنه ليس فيه معنى المالية ، وبخلاف عيني المدبر لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك ، وفي قطع إحدى اليدين وفقء إحدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة) حتى يصير بمنزلة إلتلاف النفس . ولما فرغ من الاستدلال على الشافعى رحمه الله شرع فى الاستدلال لبعض أصحابنا رحمهم الله فقال (ولهما) أى لأبى يوسف ومحمد رحمهما الله (أن معنى المالية لما كان معتبرا وجب أن يتخير المولى على الوجه الذى ذكرناه) وهو قوله وقالوا إن شاء أمسك العبد الخ وبين الملازمة بقوله (كما فى سائر الأموال ، فإن من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا إن شاء المالك دفع الثوب إليه وضمنه قيمته ، وإن شاء أمسك الثوب وضمنه التقصان . وله أن المالية وإن كانت معتبرة فى الذات فالآدمية غير مهذرة فيه وفى الأطراف أيضا ؛ ألا ترى أن عبدا الخ) وهو واضح . وقوله (ثم من أحكام الأولى) أى الآدمية (أن لا ينقسم على الأجزاء) لأى لا يتوزع كمال بدل النفس على النفس والفئات من الطرف ، بل يكون بإزاء الفئات لا غير كما فى فقهاء عيني

ولا يتملك الجثة ، ومن أحكام الثانية أن ينقسم ويتملك الجثة فوفرنّا على الشبهين حظهما من الحكم .

(فصل في جناية المدبر وأم الولد)

قال (وإذا جنّى المدبر أو أم الولد جنّاية ضمن المولى الأقل من قيمته ومن أرشها (لما روى عن أبي عبيدة رضى الله عنه أنه قضى بجنّاية المدبر على مولاه ، ولأنه صار مانعا عن تسليمه في الجنّاية بالتدبير أو الاستيلاء من

أقول : الظاهر من هذا البيان أن المالية والآدمية معتبرتان معا في ذات العبد : أى نفسه وأطرافه أيضا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقد مر من المصنف في أول الفصل أن المعتبر في ذات العبد عند أبي حنيفة ونحمد رحمهما الله هي الآدمية دون المالية ، فلما مهّدت في ذاته عندهما في فصل الجنّاية ، ولهذا لو زادت قيمته على تمام الدية ينقص عنه عشرة دراهم عندهما فكان بين كلاميه في المقامين تدافع : اللهم إلا أن يحمل قوله هنا إن المالية وإن كانت معتبرة في الذات على مجرد الفرض فالمعنى أن المالية وإن فرضت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهّدة فيه لكنه لا يخلو عن بعد .

(فصل في جنّاية المدبر وأم الولد والجنّاية على كل واحد منهما)

لما ذكر باب جنّاية المملوك والجنّاية عليه قدم من هو أكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد ، ثم ذكر فصل من هو أحط رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وأم الولد ، كذا في الشروح . قال بعض الفضلاء : فيه أن الملك كامل في المدبر

الحرّ (ولا يتملك الجثة) وقوله (ومن أحكام الثانية) أى المالية (أن ينقسم) أى موجب الجنّاية وهو الضمان على الأجراء والجثة وتملك الجثة كما في تخريق الثوب . (فوفرنّا على الشبهين حظهما من الحكم) يعنى بالنظر إلى الآدمية ينبغى أن لا يجب الضمان متوزعا بل بإزاء الفائت لا غير ، وبالنظر إلى المالية ليس له أن يأخذ كل بدل العين مع إمساكه الجثة كما أنه ليس له ذلك في المال ، وفيما قال إلغاء لجانب الآدمية حيث جعلناه كالثوب المحروق ، وفيما قال الشافعى رحمه الله إلغاء لجانب المالية أصلا حيث جعله كحرّ فقيّ عينا فوفرنّا على الشبهين حظهما وقلنا : إن شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته نظرا إلى المالية ، وإن شاء أمسكه ولا شىء له نظرا إلى الآدمية ، والله أعلم .

(فصل في جنّاية المدبر وأم الولد)

لما ذكر باب جنّاية المملوك والجنّاية عليه قدم من هو أكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد ، ثم ذكر فصل من هو أحط رتبة منه في اسم المملوكية وهو المدبر وأم الولد ، غير أن أم الولد أحط رتبة أيضا من المدبر في ذلك الاسم حتى أن القاضى لو قضى بجواز بيعها لا ينفذ ، بخلاف المدبر وهى أثنى أيضا فالأنوثة والانحطاط في اسم المملوكية أوجبا تأخير ذكرها عن ذكر المدبر . قال (وإذا جنّى المدبر وأم الولد جنّاية ضمن المولى الخ) جنّاية المدبر على سيده في ماله دون عاقلته حالة (لما روى أن أبا عبيدة بن الجراح رضى الله عنه قضى بجنّاية المدبر على مولاه) وكان أميرا بالشام ، وقضاياه تظهر بين الصحابة رضى الله عنهم ، وكان حكمه بمحض من الصحابة ولم ينكره عليه أحد فحل محل الإجماع (ولأنه صار مانعا من تسليمه) كما ذكره في الكتاب ، ويضمن المولى الأقل من قيمته ومن الأرض لأنه لاحق لولى الجنّاية في أكثر من الأرض ولا منع من المولى في أكثر

(قوله وفيما قاله الشافعى إلغاء لجانب المالية أصلا حيث جعله كحرّ فقيّ عينا) أقول : الشافعى اعتبر المالية فيما إذا قتل العبد خطأ ، فإبالة اعتبر هاهنا الآدمية .

(فصل في جنّاية المدبر وأم الولد)

(قوله وهو العبد) أقول : الأولى وهو القن (قوله ثم ذكر فصل من هو أحط رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وأم الولد) أقول :

غير اختياره الفداء فصار كما إذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم ، وإنما يجب الأقل من قيمته ومن الأرض لأنه لاحق لولى الجناية في أكثر من الأرض ، ولا منع من المولى في أكثر من القيمة ، ولا تخيير بين الأقل والأكثر لأنه لا يفيد في جنس واحد لاختياره الأقل لا محالة ، بخلاف القن لأن الرغبات صادقة في الأعيان يفيد التخيير بين الدفع والفداء (وجنابات المدبر وإن توالى لا توجب إلا قيمة واحدة) لأنه لا منع منه إلا في رقبة واحدة ، ولأن دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك ، ويتضاربون بالخصص فيها ، وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه لأن المنع في هذا الوقت يتحقق . قال (فإن جنى جناية أخرى وقد دفع المولى القيمة إلى ولى الأولى بقضاء فلا شيء عليه) لأنه مجبور على الدفع . قال (وإن كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولى بالخيار ، إن شاء اتبع المولى وإن شاء اتبع ولى الجناية ، وهذا عند أبي حنيفة ، وقالوا : لا شيء على المولى) لأنه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق إلى مستحقه وصار كما إذا دفع بالقضاء . ولأبي حنيفة أن المولى جان بدفع حق ولى الجناية الثانية طوعا ، وولى الأولى ضامنا بقبض حقه

وأم الولد دون الرق كما صرحوا به ، بخلاف المكاتب فإنه على العكس اهـ . أقول : في الجواب عنه من طرف الشراح أن كمال الملك في المدبر وأما الولد بالنسبة إلى المكاتب حيث يملكهما المولى يدا ورقبة . بخلاف المكاتب فإن مولاه يملكه رقبة لا يدا كما عرف في محله لابن أبي أكلية الملك في العبد . فإن مولاه كما يملكه يدا ورقبة يملكه من جهات عامة التصرفات فيه . بخلاف المدبر وأم الولد فإن مولاهما لا يملك التصرف فيهما من جهة البيع والهبة وأشباهاها لأنهما لا يصلحان ذلك عندنا على ما عرف أيضا في محله . ولا يخفى أن أكلية الملك في العبد كافية في تقديمه على المدبر وأم الولد في الذكر في باب جناية المملوك والجناية عليه ، وقد أفصح

من القيمة . وقوله (ولا يتخير بين الأقل والأكثر) واضح وقوله (ويتضاربون بالخصص فيها) أى في القيمة (وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه) قال في النهاية : ومن صورته ما ذكره في المبسوط قال : وإذا قتل المدبر رجلا خطأ وقيمتها ألف درهم ثم زادت قيمته إلى ألفين ثم قتل آخر خطأ ثم أصابه عيب فرجعت قيمته إلى خمسمائة ثم قتل آخر خطأ فعلى مولاه ألفا درهم لأنه جنى على الثاني وقيمتها ألفان ، ولو لم يكن منه إلا تلك الجناية لكان المولى ضامنا بقيمتها ألفين ثم ألف من هذا الولي القليل الأوسط خاصة ، لأن ولى الأول إنما ثبت حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهو ألف درهم فلا حق له في الألف الثانية فيسلم ذلك لولى القليل الأوسط وخمسمائة من الألف الأولى بين ولى لقتل الأول وبين الأوسط ، لأنه لاحق في هذه الخمسمائة لولى القليل الثالث ، وإنما حقه في قيمته يوم جنى على وليه فنقسم هذه الخمسمائة بين الأوسط والأول يضرب فيها الأول بعشرة آلاف والأوسط بتسعة آلاف لأنه وصل إليه من حقه ألف والخمسمائة الباقية بينهم جميعا يضرب فيها الآخر بعشرة آلاف ، لأنه ما وصل إليه شيء من حقه ، ويضرب الأول بعشرة آلاف إلا ما أخذ لأنه وصل إليه من حقه مقدار المأخوذ فلا يضرب به ، وكذلك الأوسط لا يضرب بما أخذ في المرتين ، وإنما يضرب بما بقي من حقه فنقسم الخمسمائة بينهم على ذلك . وقوله (فلا شيء عليه) أى على المولى لأنه ما لزمه أكثر من قيمة واحدة بجنائياته وهو مجبور على الدفع فلم يبق عليه شيء . وقوله (وإن دفع قيمته بغير قضاء فالولى بالخيار) أى فولى الجناية الثانية بالخيار (إن شاء اتبع المولى) بنصف قيمته في ذمته ثم يرجع المولى على الأول لأنه نبين أنه استوفى منه زيادة على مقدار حقه (وإن شاء اتبع ولى الجناية) الأولى وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : لا شيء على المولى) لأنه ليس بجان في الدفع (لأنه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة وقد دفع كل الحق إلى مستحقه فصار كما إذا دفع بالقضاء) لأنه فعل بنفسه عين ما يأمره القاضي أو رفع إليه فيكون القضاء وغير القضاء فيه سواء كما في الرجوع في الهبة . ولأبي حنيفة رحمه الله أن كل واحد من الدافع والقابض جان ، أما الدافع وهو المولى فلأنه دفع حق ولى الجناية الثانية

ظلمًا فيتخير . وهذا لأن الثانية مقارنة حكمًا من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الأولى . ومتأخرة حكمًا من حيث أنه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق التضمين لإبطاله ما تعلق به من حق ولي الثانية عملاً بالشبهين . (وإذا أعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه إلا قيمة واحدة) لأن الضمان إنما وجب عليه بالمنع فصار وجود الإعناق من بعد وعلمه بمنزلة (وأم الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا) لأن الاستيلاء مانع من الدفع كالتدبير . (وإذا أقر المدبر بجنائية الخطأ لم يجز إقراره ولا يلزمه به شيء عتق أو لم يعتق) لأن موجب جنائية الخطأ على سيده وإقراره به لا ينفذ على السيد . والله أعلم .

عنه عبارة الشراح حيث قالوا : قدم من هو أكل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد تبصر (قوله عملاً بالشبهين) قال جمهور الشراح : يعنى لما عملنا بشبه التأخر في ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقها وجب أن نعمل بشبه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع اهـ . أقول : فيه نظر ، إذ لا خصم أن يقول : قد تحقق العمل بشبه المقارنة في حق تشريك ولي الجناية الثانية لولي الجناية الأولى . إذ لولا العمل بذلك لكان المدفوع كله لولي الجناية الأولى . خاصة لتقدمه في استحقاقه المدفوع على ولي الجناية الثانية حقيقة وحكمًا . ولكن لما جعلنا الثانية مقارنة للأولى حكمًا عملنا بشبه المقارنة فشاركنا ولي الثانية لولي الأولى كما دل عليه قول المصنف لأن الثانية مقارنة حكمًا من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الأولى . فإذا وقع العمل بشبه المقارنة مرة فقد وجد العمل بالشبهين فلم يبق الاحتياج إلى العمل بشبههما مرة أخرى يتضمن بعض المدفوع للمولى . وقال صاحب الغاية في بيان معنى المقام : جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمين إذا وقع بغير قضاء لأنه أبطل ما تعلق به حق الثاني . ولم تجعل كالمقارنة إذا وقع بقضاء لأنه مجبور بالدفع عملاً بشبهى المقارنة والتأخر اهـ . وقد نقله صاحب العناية بقليل بعد أن ذكر المعنى الأول ولم يتعرض له بشيء . أقول : فيه خلل ، لأن العمل بالشبهين أمر واجب مهما أمكن على ماعرف في موضعه . فلما أمكن العمل بهما في صورة واحدة مما نحن فيه وهى ما إذا وقع الدفع بغير قضاء كما ظهر مما سبق لم يصح المصير في اعتبار العمل بهما إلى التوزيع على مجموع الصورتين كما فعله ذلك القائل ، وإنما كان يصح ذلك لو لم يتصور العمل بهما في صورة واحدة . بل كان اعتباره موقوفًا على مجموع الصورتين وليس فليس . ثم إنه يرد عليه أيضا أن يقال : يتحقق العمل بالشبهين بأن تجعل الثانية كالمقارنة للأولى في حق تشريك ولي الثانية لولي الأولى . وأن تجعل متأخرة عنها من حيث أن يعتبر قيمته يوم الجناية فلم يقتض العمل بهما ما هو المطلوب هنا كما لا يخفى .

طوعا ، وأما القابض وهوى الجناية الأولى فيقبض حق ولي الثانية ظلمًا ، والرجوع على الجاني جائز فيخير في الرجوع وبين ذلك بقوله (وهذا لأن الثانية مقارنة حكمًا من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الأولى : ومتأخرة حكمًا من حيث أنه يعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها ، فجعلت الثانية كالمقارنة للأولى في حق التضمين لإبطاله) أى إبطال المولى (ما تعلق به من حق ولي الجناية الثانية) وذلك لأنه يجب عليه الضمان باعتبار منع الرقبة بالتدبير السابق . وذلك في حق أولياء الجنائتين سواء فيجعل كأن الدفع كان بعد وجود الجنائتين جميعًا . وهناك لودفع إلى أحدهما جميع القيمة بغير قضاء كان للآخر الخيار فكذلك هاهنا . وقوله (عملاً بالشبهين) يعنى لما عملنا بشبه التأخر في ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقها وجب أن يعمل بشبه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع ، وقيل جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمين إذا دفع بغير قضاء لأنه أبطل ما تعلق به حق الثاني ، ولم تجعل كالمقارنة إذا دفع بقضاء لأنه مجبور بالدفع عملاً بشبهى المقارنة والتأخر . وقوله (وإذا أعتق المولى المدبر الخ) واضح .

(قوله وجب أن يعمل بشبه المقارنة) . أقول : قد عمل به في حق تشريك لولي الجناية الأولى ، ثم الأولى تبديل النصف بالبعض .

(باب غضب العبد والمدبر والصبي والجنائية في ذلك)

قال (ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته أقطع ، وإن كان المولى قطع يده في يد الغاصب فهات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه) والفرق أن الغصب قاطع للسراية لأنه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بأفة سماوية فتجب قيمته أقطع ، ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت

(باب غضب العبد والمدبر والصبي والجنائية في ذلك)

قال في النهاية : لما ذكر حكم المدبر في الجنائية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به اه . واقتضى أثره صاحب العناية . أقول : فيه قصور وفطور . أما أولا فلأن وجه ذكر غضب العبد في هذا الباب كان ضائعا على هذا التوجيه . وأما ثانيا فلأن ما ذكر في هذا الباب مما يرد على المدبر ويرد منه من قبيل الجنائية عليه أو الجنائية منه فكان من حكم المدبر في الجنائية . فما معنى قوله لما ذكر حكم المدبر في الجنائية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه . وأما ثالثا فلأن الصبي ليس يملحق بالمدبر في حكمه المذكور في هذا الباب كما لا يخفى على الناظر المتأمل في المسائل الآتية في هذا الباب . نعم يجوز أن يعد ملحقا بالمدبر بل بالعبد في كونه محجورا عن التصرفات على ما بين في كتاب الحجر ، ولكنه لا يقتضى ذكر حكمه في هذا الباب دون الباب السابق فلا يتم التقريب في قوله وذكر حكم من يلحق به . وقال في معراج الدراية : لما ذكر حكم العبد والمدبر في الجنائية شرع في بيان ما يرد عليهما وما يرد منهما وذكر حكم من يلحق بهما اه . أقول : وقع فيه تدارك دفع المحذور الأول من المحذورات الواردة على تقرير صاحبي النهاية والعناية : ولكن بقي المحذوران الأخيران منها واردين عليه أيضا كما ترى . وقال في غاية البيان : لما ذكر جنائية العبد والمدبر ذكر في هذا الباب جنائيهما مع غصبهما لأن المفرد قبل المركب ثم جر كلامه إلى بيان حكم غضب الصبي اه وتبعه العيني . أقول : هذا أشبه الوجوه المذكورة وإن أمكن التقرير بأحسن منه تدبر (قوله والفرق أن الغصب قاطع للسراية لأنه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بأفة سماوية الخ) واعترض الإمام قاضيخان في شرح الجامع الصغير على هذا التعليل بعد أن نقله عن بعض المشايخ ، ثم علل المسئلة بوجه آخر حيث قال بعد نقل ذلك : إلا أن هذا يخالف مذهبا ، فإن الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء أو رضا ، لأن السراية إنما تقطع به باعتبار تبدل الملك ، وإنما يتبدل الملك به إذا ملك البدل على الغاصب ، وأما قبله فلا كما نص عليه في آخر رهن الجامع والباب الثاني من جنائياته ، إلا أنه إنما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد أقطع لأن السراية وإن لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانهقد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب إلا إذا ارتفع الغصب ، ولم يرتفع لأن الشيء إنما يرتفع بما هو فوقه أو مثله ، ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ، ويد المولى باعتبار السراية ثبتت عليه حكما لاحقيقة لأن بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقة : والثابت حكما دون الثابت حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب باتصال السراية إلى فعل المولى فتقرر عليه الضمان ، بخلاف ما لو جنى

(باب غضب العبد والمدبر والصبي والجنائية في ذلك)

لما ذكر حكم المدبر في الجنائية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه ، وذكر حكم من يلحق به . قال (ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل) ذكر في هذه المسئلة أن غضب العبد بعد أن قطع المولى يده يقطع السراية وقبله لا يقطعها . وفرق بينهما (بأن الغصب سبب الملك كالبيع : فيصير كأنه هلك بأفة سماوية فيجب قيمته أقطع ، ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت

(باب غضب العبد والمدبر والصبي والجنائية في ذلك)

(قوله ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني ، فكانت السراية مضافة إلى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا أقول : هذا الفرق مشكل

السراية مضافة إلى البداية فصار المولى متلفاً فيصير مسترداً ، كيف وأنه استولى عليه وهو استرداد فيبراً الغاصب عن الضمان . قال (وإذا غصب العبد المحجور عليه عبداً محجوراً عليه فأتى في يده فهو ضامن) لأن المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله . قال (ومن غصب مديراً فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان) لأن المولى بالتدبير السابق أعجز نفسه عن الدفع من غير أن يصير مختاراً للفداء فيصير مبطلاً حتى أولياء الجناية إذ حقهم فيه ولم يمنع إلا رقبة واحدة فلا يزداد على قيمتها ، ويكون بين وليي الجنايتين نصفين لاستوائيهما في الموجب . قال (ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب) لأنه استحق نصف البذل بنسب كان في يد الغاصب فصار كما إذا استحق نصف العبد بهذا السبب .

عليه بعد الغصب لأن الغصب يرتفع بها ، إلى هنا كلام قاضيه خان . وقد نقله جماعة من الشراح ولم يتعرضوا له بشيء . وأما صاحب العناية فبعد أن نقل ما قاله قاضيه خان أورد على ما اختاره من التعليل نظراً حيث قال : وفيه نظر ، لأننا لانسلم أن يد الغاصب عليه ثابتة حكماً ، فإن يد المولى ثابتة عليه حكماً ولا يثبت على الشيء الواحد يدان حكيمتان بكاملهما واليد الحقيقية واجبة الرفع لكونها عدواناً لاتصلح معارضتها ولا مرجحاً انتهى . أقول : نظره ساقط ، إذ لا وجه لمنع ثبوت يد الغاصب عليه حكماً ، فإن معنى ثبوت اليد على الشيء حكماً أن يترتب على تلك اليد حكم من الأحكام ، وقد ترتب على يد الغاصب فيما نحن فيه

السراية مضافة إلى البداية فصار المولى متلفاً فيصير مسترداً (وكيف لا يكون مسترداً) وأنه استولى عليه وهو استرداد فيبراً الغاصب عن الضمان) واعتراض الإمام قاضيه خان بأن هذا يخالف مذهبه ، فإن الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البذل على الغاصب بقضاء أو رضا ، لأن السراية إنما تنقطع به باعتبار تبدل الملك ، وإنما يتبدل الملك به إذا ملك البذل على الغاصب ، أما قبله فلا . قال : نص عليه في آخر رهن الجامع الثاني من جانياته ، إلا أنه إنما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد أقطع لأن السراية وإن لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانهقد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب إلا إذا ارتفع الغصب ولم يرتفع ، لأن الشيء إنما يرتفع بما هو فوقه أو مثله ، ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكماً ، ويد المولى باعتبار السراية ثبتت عليه حكماً لاحقيقة ، لأن بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقة ، والثابت حكماً دون الثابت حقيقة وحكماً فلم يرتفع الغصب بانصال السراية إلى فعل المولى فتقرر عليه الضمان ، وفيه نظر لأننا لانسلم أن يد الغاصب عليه ثابتة حكماً ، فإن يد المولى ثابتة عليه حكماً ، ولا تثبت على الشيء الواحد يدان حكيمتان بكاملهما ، واليد الحقيقية واجبة الرفع لكونها عدواناً لاتصلح معارضتها ولا مرجحاً . وقوله (وإذا غصب العبد المحجور عليه) واضح . وقوله (مؤاخذ بأفعاله) يعني في حال رقه ، وأما في أقواله : فإن كان فيما يوجب الحدود والقصاص فكذلك ، وإن كان فيما يجب به المال فلا يؤاخذ به في رقه ، وإنما يؤاخذ به بعد الحرية . قوله (ومن غصب مديراً) واضح . وقوله (من غير أن يصير مختاراً للفداء) لأن المولى لم يعلم وقت التدبير بجناية تحدث من المدير في المستقبل فصار هذا بمنزلة إعتاق العبد الجاني من غير علم بجانيته فإن فيه الأقل من قيمته ومن الأرش فكذا هذا . وقوله (فيصير) ظاهر . وقوله (فصار كما إذا استحق نصف العبد بهذا السبب) أى بسبب كان عند الغاصب . كما إذا غصب عبداً

لأن السراية . إنما تنقطع باعتبار تبدل الملك لاختلاف المستحقين والغصب ليس بسبب الملك وصفاً والغاصب لا يملك إلا بأداء الضمان ضرورة كيلا يجمع البدلان في ملك واحد وذلك بعد ملك المولى البذل ، ولم يوجد تحققه لأن معنى قولهم بقطع السراية أن ما حصل من التلف بالسراية يكون هدراً ، إلا أن ينسب ذلك إلى غير الجاني ، كذا في شرح الزيلعي ، وفيه أن المراد بقطع السراية ليس ما هو المعروف ، بل أن لا يجعل المالك مضافاً إلى قطع المولى فيبراً الغاصب عن الضمان فإنه يجعل في حق الغاصب كأنه مات بأفة سهاوية فيضمن فليتأمل (قوله لأن السراية إنما تنقطع به) أقول : ضمير به راجع إلى الغصب (قوله ولا يثبت على الشيء الواحد يدان حكيمتان) أقول : قال عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى ترد » .

قال (ويدفعه إلى وليّ الخيانة الأولى ثم يرجع بذلك على الغاصب ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : يرجع بنصف قيمته فيسلم له (لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولى الخيانة الأولى فلا يدفعه إليه كيلا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد ، وكيلا يتكرر الاستحقاق . ولهما أن حق الأول في جميع القيمة لأنه حين جنى في حقه لايزاحمه أحد ، وإنما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فإذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا يأخذه ليمحقه فإذا أخذه منه يرجع المولى بما أخذه

وجوب الضمان بالإجماع . وأما سند منعه فليس بنام أيضا إذ لا محذور في أن يثبت على الشيء الواحد يدان حكمتان بكاملهما من جهتين مختلفتين وهما كذلك ، فإن ثبت يد المولى على العبد المغصوب منه حكما باعتبار سرية القطع الذي صدر منه في يده ، وثبت يد الغاصب عليه حكما باعتبار ثبوت يده عليه حقيقة فاختلفت الجهتان (قوله وقال محمد رحمه الله : يرجع بنصف قيمته فيسلم له ، لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولى الخيانة الأولى فلا يدفعه إليه كيلا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد) قال تاج الشريعة جوابا عنه من قبل الإمامين : وهما يقولان ليس هذا عوض ما أخذه وليّ الخيانة الأولى حتى يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد ، بل هو عوض ما أخذه وليّ الخيانة الثانية فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد اه . أقول : فيه نظر ، لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب كيف يصلح أن يكون عوض ما أخذه وليّ الخيانة الثانية والخيانة الثانية في مسئلتنا هذه وقعت عند المولى لا عند الغاصب ، فأني يصح أن يأخذ المولى من الغاصب عوضا عما دفعه إلى وليّ الخيانة التي صدرت من مدبره حال كونه في يده . والعهد في مثل ذلك على ذي اليد دون غيره كما لا ريب فيه . وعن هذا فرق محمد بين هذه المسئلة وبين المسئلة الآتية التي هي عكس هذه المسئلة حيث وافق الإمامين هناك كما ستطلع عليه . وقال صاحب العناية : والجواب أن المولى ملك ما قبضه من الغاصب ودفعه إلى وليّ الخيانة الأولى عوضا عما أخذه وليّ الخيانة الثانية دون الأولى فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد اه . أقول : هذا قريب مما ذكره تاج الشريعة ، إلا أن في تقريره مساع التخلّص عما أوردناه على تقرير تاج الشريعة حيث اعتبر التعارض في جانب الدفع إلى وليّ الخيانة الأولى لا في جانب الرجوع على الغاصب تأمل تفهم . ثم إن الأظهر في الجواب عما قاله محمد من الجمع بين البدل والمبدل ما ذكره جمهور الشراح وعزاه صاحب الغاية إلى الإمام قاضيه خان حيث قال : وجوابه ما قال فخر الدين قاضيه خان أن ما أخذه المولى من الغاصب هو بدل عن المدفوع إلى وليّ الخيانة الأولى من العبد فيما بين المولى والغاصب . وأما في حق وليّ الخيانة الأولى فلا يعتبر بدلا عن العبد بل يعتبر بدلا عن الميت ويكون الشيء الواحد بدلا عن عين في حق إنسان . ويكون بدلا عن شيء آخر في حق غيره كالنصراني إذا باع الخمر وقضى منه دين المسلم يجوز ويكون المأخوذ بدل الخمر في حق النصراني وفي حق المسلم بدل دينه كذا ها هنا اه (قوله ولهما أن حق الأول في جميع القيمة لأنه حين جنى في حقه لايزاحمه أحد ، وإنما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني الخ) قال في العناية : واعترض بأن الثانية مقارنة للأولى حكما فكيف يكون حق الأول في جميع القيمة . والجواب أن

فجنى في يده فرده إلى المولى فجنى جنابة فدفع إلى وليّ الخناتين كان للمولى أن يأخذ من الغاصب نصف قيمته ، كذا هذا ، وقوله (ويدفعه) أي النصف المأخوذ من الغاصب (إلى وليّ الخيانة الأولى ثم يرجع بذلك) أي بالمدفوع إلى وليّ الخيانة (على الغاصب . وهذا) أي هذا الدفع الثاني والرجوع الثاني (عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله) وقال محمد رحمه الله : يرجع بنصف قيمته فيسلم له (أي لا يدفعه إلى وليّ الخيانة الأولى (لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولى الخيانة الأولى فلا يدفعه إليه لئلا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد ولئلا يتكرر الاستحقاق) والجواب أن المولى ملك ما قبضه من الغاصب ودفعه إلى وليّ الخيانة الأولى عوضا عما أخذه وليّ الخيانة الثانية دون الأولى فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد (ولهما أن حق الأول في جميع القيمة ، لأنه حين جنى في حقه لايزاحمه أحد ، وإنما انتقص حقه بمزاحمة الثاني . فإذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا يأخذه إتماما لحقه ، وإذا أخذه منه يرجع المولى بما أخذه

على الغاصب لأنه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب . قال (وإن كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع بنصف القيمة على الغاصب) لما بينا في الفصل الأول ، غير أن استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية إذ كانت هي في يد الغاصب فيدفعه إلى ولي الجناية الأولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالإجماع . ثم وضع المسئلة في العبد فقال (ومن غصب عبدا فجنى في يده ثم رده فجنى جناية أخرى فإن المولى يدفعه إلى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه إلى الأول ويرجع به على الغاصب . وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : يرجع بنصف القيمة فيسلم له . وإن جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه إلى الأول ولا يرجع به (والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا ، إلا أن في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الأول يدفع القيمة . قال (ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفان) لأنه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة (ثم يرجع بقيمته على الغاصب) لأن الجنايتين كانتا في يد الغاصب (فيدفع نصفها إلى الأول) لأنه استحق كل القيمة ، لأن عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره ، وإنما انتقص بحكم المزاحمة من بعد . قال (ويرجع به على الغاصب) لأن الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ، ولا يدفعه إلى ولي الجناية الأولى ، ولا إلى ولي الجناية الثانية لأنه لاحق له إلا في النصف لسبق حق الأول وقد وصل ذلك إليه . ثم قيل : هذه المسئلة على الاختلاف كالأولى . وقيل على

المقارنة جعلت حكما في حق التضمين لا غير ، والأولى متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم وأمكن توفير موجبها فلا يمتنع إلا مانع اه . أقول : في الجواب بحث ، لأننا لانسلم أن المقارنة جعلت حكما في حق التضمين لا غير بل جعلت حكما أيضا في حق مشاركة ولي الجناية الثانية لولي الجناية الأولى كما أرشد إليه قول المصنف في الفصل السابق ، لأن الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الثانية الأولى اه . فإذا جعلت المقارنة حكما في حق مشاركة ولي الجناية الثانية أيضا كان ولي الجناية الثانية مزاحما لولي الجناية الأولى في استحقاقه جميع القيمة ، فكيف يأخذ ولي الجناية الأولى وحده كل القيمة مع مزاحمة ولي الثانية له في استحقاقه إياه ، وإن كان الاعتبار لتقدم الأولى حقيقة دون المقارنة الحكيمة ينبغي أن لا يستحق ولي الثانية شيئا من قيمة المدبر ، وليس الأمر كذلك بالإجماع فليتأمل في الجواب الشافى (قوله ولا إلى ولي الجناية الثانية لأنه لاحق له إلا في النصف لسبق حق الأول) أقول : لقائل أن يقول : إن كان حق ولي الجناية الثانية يتعلق رأسا بنصف

على الغاصب لأنه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب (واعترض بأن الثانية مقارنة للأولى فكيف يكون حق الأول في جميع القيمة . والجواب أن المقارنة جعلت حكما في حق التضمين لا غير : والأولى متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم وأمكن توفير موجبها فلا يمتنع بلا مانع . قال (وإن كان جنى عند المولى فغصبه رجل) هذه المسئلة عكس المسئلة المتقدمة من حيث الوضع وحكمه ما ذكره وهو بالاتفاق ، والفرق لمحمد رحمه الله بينها وبين المسئلة المتقدمة أنه متى دفع نصف المقبوض من الغاصب إلى ولي الجناية الأولى لم يؤد إلى الجمع بين البذل والمبدل ، لأنه لما كانت الجناية الأولى عند المولى كان ما أخذه المولى من الغاصب بدلا عما دفع إلى ولي الجناية الثانية دون الأولى ، لأن الثانية هي الموجوده عند الغاصب ، وإذا لم يكن بدلا عما دفع إليه لا يلزم بالدفع جمع بين البذل والمبدل . وقوله (ثم وضع) يعني أن محمدا رحمه الله وضع في الجامع الصغير هذه المسئلة في العبد بعد ما وضعها في المدبر وكلامه فيه واضح . وقوله (ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية) كذلك . وقوله (ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف) يعني قال بعض المشايخ رحمهم الله : في هذه المسئلة خلاف محمد رحمه الله أيضا كما في المسئلة الأولى حتى يسلم للمولى ما رجع به من القيمة على الغاصب ، ولا يأخذ ولي الجناية الأولى ما بقى من حقه . وقيل (٤٧ - تكملة فتح القدير حن - ١٠)

الاتفاق . والفرق لمحمد أن في الأولى الذى يرجع به عوض عما سلم لولى الجناية الأولى لأن الجناية الثانية كانت في يد المالك . فلو دفع إليه ثانياً يتكرر الاستحقاق ، فأما في هذه المسئلة فيمكن أن يجعل عوضاً عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدى إلى ما ذكرناه . قال (ومن غصب صبياً حراً فمات في يده فيجأة أو بحمى فليس عليه شيء ، وإن مات من صاعقة أو نهسة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية) وهذا استحسان . والقياس أن لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعى ، لأن الغصب في الحر لا يتحقق ؛ ألا يرى أنه لو كان مكاتباً صغيراً لا يضمن مع أنه حر يدا ، فإذا كان الصغير حراً رقبة وبدأ أولى . وجه الاستحسان أنه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالإتلاف ، وهذا إتلاف تسيباً لأنه نقله إلى أرض مسبعة أو إلى مكان الصواعق ، وهذا لأن الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان ، فإذا نقله إليه فهو متعد فيه وقد

القيمة لا بكلها كما هو الظاهر من قوله لأنه لاحق له إلا في النصف ينبغى أن لا تكون التي وجبت على المولى بين وليي الجنايتين نصفين كما هو المذكور في وضع المسئلة : بل ينبغى أن يكون بينهما أثلاثاً : ثلثه لولى الجناية الأولى ، وثلثه لولى الجناية الثانية لأن حق لولى الجناية الأولى قد تعلق بكل القيمة كما صرح به المصنف فيما قبل حيث قال : لأنه استحق كل القيمة . وعلى تقدير أن تعلق حق لولى الجناية الثانية بنصف القيمة يكون حقه في القيمة نصف حق لولى الجناية الأولى فينبغى أن يتضاربا في القيمة بقدر حقيهما فيها ، إذ قد مر في الفصل السابق أن جنائيات المدبر إذا توالى لا توجب إلا قيمة واحدة لأنه لا منع من المولى إلا في رقبة واحدة . وأولياء الجنائيات يتضاربون بالحصاص فيها وإن كان حق لولى الجناية الثانية يتعلق أيضاً بكل القيمة . ولكن يسقط نصفها بالتزامه فيكون حقه الباقي له نصفها ، وكان هذا هو المراد بقول المصنف لاحق له إلا في النصف ينبغى أن يدفع المولى ما يرجع به على الغاصب ثانياً إلى لولى الجناية الثانية ، لأن حقه كان في كل القيمة كون الجناية الأولى ، إلا أنه سقط نصفها بالتزامه ، فلما اندفع التزامه بوصول حق لولى الجناية الأولى إليه بتمامه كان ينبغى أن يعود حق لولى الجناية الثانية في النصف الساقط بالتزامه إليه كحق لولى الجناية الأولى . ثم أقول : يمكن أن يجاب بأن يختار الشق الثانى ، ويقال في الفرق بين وليي الجنايتين إن حق الأول يتعلق بكل القيمة ثم ينقص نصفها بتزامه الثانى من بعد ذلك ولكن لا يسقط بالكلية وحق الثانى أيضاً يتعلق بكلها ولكن يسقط نصفها بالكلية بتزامه الأول ، وذلك لأنه لاحق لغير الأول عند وجود الجناية الأولى ، فانعدمت سبباً موجباً لاستحقاق كل القيمة ، وانتقص حقه إنما كان يعارض حدوث المزاومة بعد ذلك ، بخلاف الجناية الثانية فإنها وجدت والمزام مقارن فلم تنعقد سبباً موجباً لاستحقاق الزائد على النصف فسقط ما وراء النصف والساقط متلاش فلا يعود كما تقرر عندهم ، ومر في مواضع شتى من الكتاب ، هذا غاية ما تيسر من الكلام في توجيه المقام (قوله فأما في هذه المسئلة فيمكن أن يجعل عوضاً عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدى إلى ما ذكرناه) قال صاحب العناية : فيه نظر ، فإن الجناية

على الاتفاق ، ويأخذ لولى الجناية الأولى تمام حقه وهو نصف القيمة من المولى إذا رجع على الغاصب قيل وهذا هو الصحيح ، لأن محمداً رحمه الله ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير بلا خلاف ، وكذا قرره فخر الإسلام رحمه الله وغيره في شروح الجامع الصغير : فعلى هذا يحتاج محمد رحمه الله إلى الفرق بين هاتين المسئلتين وقد ذكره في الكتاب ، لكن قوله (فأما في هذه المسئلة فيمكن الخ) فيه نظر : فإن الجناية الثانية وإن حصلت في يد الغاصب لكن أخذ المولى منه حقها أول مرة ولم يبق لولها استحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانياً في مقابلة ما أخذه . وقوله (ومن غصب صبياً حراً) أى ذهب به بغير إذن وليه فيكون

(قوله قيل وهذا هو الصحيح) أقول : القائل هو الإبتلى (قوله فيه نظر فإن الجناية الثانية الخ) أقول : فيه نظر ، فإنه لما أخذ لولى الجناية الأولى ما رجع به المولى أول مرة على الغاصب عوضاً عما سلم لولى الثانية لوجدانه شيئاً فارغاً من بدل العقل في يد المالك رجع المولى ثانياً على الغاصب ، لأن الاستحقاق كان بسبب كان في يده ، ولا يلزم في ذلك أن يبقى لولى الثانية استحقاق كما لا يخفى فتأمل .

أزال حفظ المولى فيضاف إليه ، لأن شرط العلة ينزل منزلة العلة إذا كان تعدّيا كالحفر في الطريق . بخلاف الموت فجأة أو بحمي ، لأن ذلك لا يختلف باختلاف الأماكن ، حتى لو نقله إلى موضع يغلب فيه الحمى والأمراض نقول بأنه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسييبا . قال (وإذا أودع صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية ، وإن أودع طعاما فأكله لم يضمن) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف والشافعي : يضمن في الوجهين جميعا ، وعلى هذا إذا أودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤخذ بالضمان في الحال عند أبي حنيفة ومحمد ، ويؤخذ به بعد العتق . وعند أبي يوسف والشافعي يؤخذ به في الحال . وعلى هذا الخلاف الإقرار والإعارة في العبد والصبي . وقال محمد في أصل الجامع الصغير : صبي قد عقل ، وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي ابن اثنتي عشرة سنة ، وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق لأن التسليط غير معتبر وفعله معتبر. لهما أنه أثلّف مالا متقوما معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما إذا كانت الوديعة عبدا وكما إذا أثلّفه غير الصبي في يد الصبي المودع . ولأبي حنيفة ومحمد أنه أثلّف مالا غير معصوم فلا يجب الضمان كما إذا أثلّفه بإذنه ورضاه ، وهذا لأن العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال

الثانية وإن حصلت في يد الغاصب لكن أخذ المولى منه حقها أول مرة ولم يبق لوليا استحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانيا في مقابلة ما أخذه له . أقول : هذا النظر ناشئ من غلط في استخراج مراد المصنف رحمه الله ، فإن الشارح المذكور زعم أن مراد المصنف بما يجعل عوضا عن الجناية الثانية في قوله يمكن أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية هو الذي يرجع به المولى على الغاصب ثانيا فبنى نظره المزبور عليه ، ولا شك أن مراد المصنف بذلك هو الذي يرجع به المولى على الغاصب أول مرة ، وهو النصف الذي كان حقا للمولى الجناية الثانية ورجع به المولى على الغاصب أول مرة في ضمن رجوعه عليه بالكل فلا اتجاه أصلا لما قال ، وماذا بعد الحق إلا الضلال .

ذكر الغصب في هذا الموضع بطريق المشاكلة ، وهو أن يذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحبته ، وكلامه ظاهر خلا أنه يرد على وجه الاستحسان ما إذا غصب مكاتبا ونقله إلى هذه الأماكن وهلك فإنه لا ضمان والتعدي في التسبب فيه موجود . وأجيب بأن المكاتب في يد نفسه وإن كان صغيرا فإنه ليس لأحد ولاية تزويجه فكان الحرّ الكبير ، والحرّ الكبير في يد نفسه ، فكذا المكاتب وإن كان صغيرا . فإن قيل ما حكم الحرّ الكبير إذا نقل إلى هذه الأماكن تعديا فأصابه شيء من ذلك ؟ أجيب بأن حكمه أن ينظر إن كان الناقل قيده ولم يمكن التحرز عنه ضمن لأن المغصوب عجز عن حفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وإن لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن لأن البالغ العاقل إذا لم يحفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب ، وإن لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن لأن البالغ العاقل إذا لم يحفظ نفسه مع إمكانه كان التلّف مضافا إلى تقصيره لا إلى الغاصب فلا يضمن فكان حكم الحرّ الصغير حكم الحرّ الكبير المقيد بحيث لا يمكنه حفظ نفسه . قال (وإذا أودع صبي عبدا فقتله) كلامه ظاهر . وذكر في شرح الطحاوي : ومن أودع عند صبي مالا فهلك في يده لا ضمان عليه بالإجماع ، وإن استهلكه الصبي فإنه ينظر إن كان الصبي مأذونا له في التجارة يضمن بالإجماع ، وإن كان محجورا عليه ولكنه قبل الوديعة بأمر وليه ضمن بالإجماع ، وإن قبل بغير إذن وليه فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا في الحال ولا بعد الإدراك . وقال أبو يوسف رحمه الله : يضمن في الحال ، وأجمعوا على أنه لو استهلك مال الغير من غير أن يكون عنده وديعة ضمن في الحال وهو تفسير حسن . وقوله (وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق) يساعده فيه فخر الإسلام رحمه الله حيث ذكره في الجامع الصغير هكذا . وأما في غيره من شروح الجامع الصغير لصدر الإسلام وقاضيه خان والتمرتاشي فالحكم على خلاف هذا حيث قالوا فيها : هذا الخلاف فيها إذا كان الصبي عاقلا ، وإن لم يكن عاقلا فلا يضمن في قولهم جميعا . وقوله (وكما إذا أثلّفه غير الصبي في يد الصبي المودع)

في يد مائة فلا يبقى مستحقا للنظر إلا إذا أقام غيره مقام نفسه في الحفظ . ولا إقامة هاهنا لأنه لا ولاية له على الاستقلال على الصبي ولا للصبي على نفسه ، بخلاف البالغ والمأذون له لأن لهما ولاية على أنفسهما وبخلاف ما إذا كانت الوديعة عبدا لأن عصمته لحقه إذ هو مبيع على أصل الحرية في حق الدم ، وبخلاف ما إذا أتلغه غير الصبي في يد الصبي لأنه سقطت العصمة بالإضافة إلى الصبي الذي وضع في يده المال دون غيره . قال (وإن استهلك مالا ضمن) يريد به من غير إيداع لأن الصبي يؤخذ بأفعاله . وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد . والله أعلم بالصواب .

(باب القسامة)

قال (وإذا وجد القتل في محلة ولا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم :

(باب القسامة)

لما كان أمر القتل يثول إلى القسامة فيما إذا لم يعلم قاتله ذكرها في باب على حدة في آخر الدييات . ثم إن القسامة في اللغة :

يعني أنه يضمن المثل ، ولو كان التسليط على الاستهلاك في حق الصبي المودع ثبت في حق غيره أيضا لأن المال الذي سلب على استهلاكه بمنزلة المال المباح فكل من أتلغه لا يجب الضمان عليه ، ومعنى التسليط تحويل يده في المال إليه . وقوله (في يد مائة) أي من الإيداع والإعارة : يعني أن المودع وضع المال في يد مائة عن الإيداع ، ومن فعل كذلك لا يستحق النظر لأنه أوقع ماله في يد تمنع يد غيره عليه باختياره ، إلا إذا كان وضعه فيها بإقامة غيره مقام نفسه في الحفظ ، ولم توجد الإقامة لأنه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه فكان تضييعا من جهته . وفي قوله (لأنه لا ولاية له على الصبي) فيه نظر ، لأن إقامة غيره مقام نفسه لا يستدعي ثبوت ولاية القيم على المقام مقام نفسه ، وإلا لانسد باب الوديعة . ويمكن أن يقال : إنما قال ذلك جوابا عما يقال : لو كان الإيداع من الصبي تسليطا له على الإتلاف لضمن الأب مال الوديعة بتسليمه ابنه الصغير ليحفظها ، لأن التسليم إليه تضييع على هذا التقدير والمودع يضمن بالتضييع ، ومع ذلك لا ضمان عليه فكأنه قال : إقامة غيره مقام نفسه تستلزم إما ولاية المقيم على من أقامه مقامه كما في هذه الصورة أو ولاية المقام على نفسه كما في سائر صور الدائع ، ولم يوجد شيء من ذلك في إيداع الصبي الأجنبي . وقوله (لأن عصمته لحقه) أي لحق العبد يعني لا باعتبار أن المالك يعصمه لأن عصمة المالك إنما تعتبر فيما له ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط ، وليس للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يجوز له تمكين غيره من الاستهلاك ، فلما لم يوجد التسليط منه يضمن المستهلك سواء كان صغيرا أو كبيرا ، بخلاف سائر الأموال فإن للمالك أن يستهلكها فيجوز تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط . ونوقض بما إذا أودع الصبي شاة فخنقها فإنه لا يضمن ورب الشاة ما كان يملك ذلك بحكم ملكه فلم يوجد التسليط . والجواب أن كلامنا فيما لا يملك إتلافه من حيث كونه أجنبيا والشاة ليست كذلك ، وإنما لم يملك خنقها من حيث أنه تضييع فكان كالتسبيح . وقوله (لأنه سقطت العصمة بالإضافة إلى الصبي الذي وقع في يده المال دون غيره) يعني أن المالك بالإيداع عند الصبي إنما اسقط عصمة ماله عن الصبي لا عن غيره وماله معصوم في حق غيره كما كان ، والله تعالى أعلم .

(باب القسامة)

لما كان أمر القتل في بعض الأحوال يثول إلى القسامة ذكرها في آخر الدييات في باب على حدة . وهي في اللغة : اسم وضع

(قوله ولو كان التسليط) أقول : أي ثبت (قوله فيه نظر ، لأن إقامة غيره مقام نفسه الخ) أقول : في تمشية النظر تأمل .

(باب القسامة)

يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا) وقال الشافعي: إذا كان هناك لوث استحلف الأولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى أَوْ خطأ . وقال مالك: يقضى بالقود إذا كانت الدعوى في القتل العمد وهو أحد قولي الشافعي ، والموت عندهما أن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه أو ظاهر يشهد للمدعى من عداوة ظاهرة أو شهادة عدل أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة قتلوه ،

اسم وضع موضع الإقسام ، كذا في عامة الشروح أخذنا من المغرب . وقال في معراج الدراية : القسامة لغة مصدر أقسم قسامة أو اسم وضع موضع الإقسام انتهى . أقول : لا يرى وجه صحة لكون القسامة مصدر أقسم كما لا يخفى على من له دربة بعلم الأدب . وأما في الشريعة فهي أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار وجد فيها قاتل به أثر جراحة يقول كل منهم بالله ما قتلته وما علمت له قاتلا كذا في العناية . أقول : فيه فصور ، فإنه يخرج منه ما إذا وجد القاتل لا في محلة ولا في دار بل في موضع خارج من مصر أو قرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه مع أنه يجب في هذه الصورة أيضا قسامة شرعية كما صرحوا به ويحيى في الكتاب . ولا يقال : إنه بنى الكلام على ما هو الأكثر وقوعا ، لأن المقام مقام تعريف للمعنى القسامة في الشريعة فلا بد من أن يكون جامعا ومانعا كما لا يخفى . فالأولى أن يزداد عليه قيود ويقال : هي في الشريعة أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار أو موضع خارج من مصر أو قرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه إذا وجد في شيء منها قاتل به أثر لا يعلم من قتله يقول كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا . وقال في النهاية : وأما تفسيرها شرعا فمأروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه قال : في القاتل يوجد في المحلة أو دار رجل في المصر إن كان به جراحة أو أثر ضرب أو أثر خنق ولا يعلم من قتله يقسم خمسون رجلا من أهل المحلة كل منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا انتهى . أقول : فيه سماجة لا تخفى . فإن مأروى أبو يوسف عن أبي حنيفة على ما ذكر في النهاية إنما هو مسألة القسامة لا تفسير القسامة شرعا . فإن التفسير من قبيل التصورات ، وما ذكر فيها تصديق من قبيل الشرطيات كما ترى ، نعم يمكن أن يؤخذ منه تفسير القسامة شرعا بتدقيق النظر ، لكنه في موضع بيان معنى القسامة شرعا في أول الباب تعسف خارج عن سنن الصواب . ثم قال في النهاية : وأما شرطها فهو أن يكون المقسم رجلا بالغًا عاقلًا حرا ، فلذلك لم يدخل في القسامة المرأة والصبي والمجنون والعبد . وأن يكون في الميت الموجود أثر القتل ، وأما لو وجد ميتا لا أثر به فلا قسامة ولا دية . ومن شروطها أيضا تكميل اليقين بالخمسين انتهى . وفي غاية البيان أيضا كذلك . أقول : فيه كلام . أما أولا فلأن شرطها غير منحصرة بما ذكر . فإن منها أيضا أن لا يعلم قاتله ، فإن علم فلا قسامة فيه ولكن يجب القصاص أو الدية كما تقدم . ومنها أن يكون القاتل من بني آدم فلا قسامة في بهيمة وجدت في محلة قوم ولا غرم فيها . ومنها الدعوى من أولياء القاتل لأن القسامة يمين واليمين لا تجب بدون الدعوى كما في سائر الدعاوى . ومنها إنكار المدعى عليه لأن اليقين وظيفة المنكر . ومنها المطالبة بالقسامة ، لأن اليقين حق المدعى وحق الإنسان يوفى عند طلبه كما في سائر الأيمان . ومنها أن يكون الموضع الذي وجد فيه القاتل ملكا لأحد أو في يد أحد فإن لم يكن ملكا لأحد ولا في يد أحد أصلا فلا قسامة فيه ولا دية . ومنها أن لا يكون القاتل ملكا لصاحب الملك الذي وجد فيه ،

موضع الأقسام . وفي الشرع أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار وجد فيها قاتل به أثر . يقول كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا . وسببها وجود القاتل فيما ذكرنا . وركنها إجراء اليقين المذكورة على لسانه وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحرية ووجود أثر القتل في الميت وتكميل اليقين خمسين . وحكمها القضاء بوجوب الدية : إن حلفوا والحبس إلى الحلف إن أبوا إن ادعى الولي العمد ، وبالدية عند النكول إن ادعى الخطأ . ومحاسنها تعظيم خطر الدماء وصيانتها عن الإهدار وإخلاص المهتم بالقتل عن القصاص ودليل شرعيتها الأحاديث المذكورة على ما سياتي . وقوله (يتخيرهم الولي) أي يختار من القوم من يحلفهم . وقوله (بالله ما قتلناه) على طريق الحكاية عن الجميع ، وأما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا يحلف بالله ما قتلنا لجواز أنه

(قوله وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحرية) أقول : وذكرته ، ويجوز أن يقال : أشار إليه بلفظ المقسم وفيه شيء . والأصوب أن يقال : المرأة من أهل القسامة في المحلة ، ألا يرى إذا وجد قاتل في قرية لامرأة ، فعند أبي حنيفة ومحمد القسامة عليها كما يحيى .

وإن لم يكن الظاهر شاهدا له فذهبه مثل مذهبنا ، غير أنه لا يكرر اليمين بل يردّها على الولي ، فإن حلفوا لادية عليهم للشافعي في البداءة بيمين الولي قوله عليه الصلاة والسلام للأولياء « فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه » ولأن اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد ، فإذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدأ بيمينه وردّ اليمين على المدعى أصل له كما في النكول ، غير أن هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » وفي رواية « على المدعى عليه » وروى سعيد بن المسيب « أن النبي عليه الصلاة والسلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل

فلا قسامة ولادية في قن أو مدبر أو أم ولد أو مكاتب أو مأذون وجد قتيلا في دار مولاه . نص في البدائع على هاتيك الشروط كلها بالوجه الذي ذكرناه مع زيادة تفصيل ، فما وجه ذكر بعض الشروط وترك أكثرها . وأما ثانيا فلأنه إذا وجد قتيلا في دار مكاتب فعليه القسامة . وإذا حلف يجب عليه الأقل من قيمته ومن الدية . نص عليه في البدائع . وقال : ذكره القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ، فما معنى جعل كون المتقسم حرا من شروطها ، اللهم إلا أن يقال : المكاتب حرّ يدا وإن لم يكن حرا رقة كما صرحوا به ومرّ في الباب السابق فوجد فيه الحرية في الحملة فجاز اشتراط الحرية في القسامة مطلقا بناء على ذلك ، لكن لا يخفى ما فيه . وقال في العناية : وشروطها بلوغ المقسم وعقله وحرية ووجود أثر القتل في الميت وتكميل اليمين خمسين انتهى . أقول : فيه شيء من الإخلال زائد على ما في النهاية وغاية البيان وهو أنه لم يتعرض فيه لاشتراط الذكورة في المقسم مع كونها شرطا أيضا . ثم أقول : في إمكان توجيه ذلك احتمالا : أحدهما أنه اكتفى في إفادة ذلك الشرط أيضا بتذكير لفظ المقسم في قوله بلوغ المقسم . وتذكير الضمير في قوله وعقله وحرية . وإن كان تغليب المذكر على المؤنث شائعا في أحكام الشرع . وثانيهما أنه ترك ذكر اشتراط الذكورة بناء على وجوب القسامة على المرأة في مسألة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وهي ماسيحية في آخر هذا الباب من أنه لو وجد قتيلا في قرية لامرأة ؛ فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة تكرر عليها الأيمان والدية على عاقلتها . وقال أبو يوسف : القسامة على العاقلة أيضا فكانت المرأة أهلا للقسامة في الحملة عندهما (قوله وإن لم يكن الظاهر شاهدا له فذهبه مثل مذهبنا) أقول : في تحرير المصنف هنا قصور بل اختلال : أما أولا فلأن مذهب الخصم مثل مذهبنا إذا لم يكن هناك لوث : أي قرينة حال توقع في القلب صدق المدعى سواء كان ذلك اللوث من قبل علامة القتل على واحد بعينه كالدم ، أو من قبل ظاهر يشهد للمدعى كعداوة ظاهرة ونحوها فلا وجه لتخصيصه بالثاني كما هو الظاهر من قوله وإن لم يكن الظاهر شاهدا له بعد عطف قوله أو ظاهر يشهد للمدعى فيما قبل على قوله علامة القتل على واحد بعينه ، فحق العبارة أن يقال : وإن لم يكن هناك لوث . وأما ثانيا فلأن إيراد الضمير المفرد في قوله فذهبه بعد أن ذكر فيما قبل مذهب كل واحد من الشافعي ؛ والك وإن قال اللوث عندهما الخ من قبيل الإغلاق حيث لا يفهم أن مرجعه أي منهما . وعن هذا حمله بعض الشراح على الشافعي وبعضهم على مالك فحق المقام الإظهار دون الإضمار كما لا يخفى (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » وفي رواية « على المدعى عليه ») أقول : لقاتل أن يقول : إن قوله عليه الصلاة والسلام « واليمين على المدعى عليه » إن أفاد قصر اليمين على المدعى عليه بناء على ما صرحوا به في علم الأدب من أن المعروف بلام

باشر القتل بنفسه فيجترئ على اليمين بالله ما قتلنا . وقوله (وإن لم يكن الظاهر شاهدا له فذهبه) أي مذهب الشافعي رحمه الله (كذهبنا غير أنه لا يكرر اليمين) وقوله (ولأن اليمين تجب على من يشهد له الظاهر) يعني كما في سائر الدعاوى ، فإن الظاهر يشهد للمدعى عليه لأن الأصل براءة ذمته ، فأما في القسامة فالظاهر يشهد للمدعى عند قيام اللوث فتكون اليمين حجة له ، وبقيّة

في آخر الباب (قال المصنف : وإن لم يكن الظاهر شاهدا الخ) أقول : الظاهر أن يقول : وإن لم يكن ثمة لوث فإن النكرة إذا أعيدت معرفة تكون عين الأول ، لكن المراد من الظاهر هو اللوث كما لا يخفى .

الدية عليهم لوجود القتل بين أظهرهم » ولأن اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي إلى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فأولى أن لا يستحق به النفس المحترمة . وقوله يتخيرهم الولي إشارة إلى أن خيار تعيين الخمسين إلى الولي لأن اليمين حقه ، والظاهر أنه يختار من يثمه بالقتل أو يختار صالحى أهل المحلة لما أن تحرزهم عن اليمين الكاذبة أبلغ التحرز فيظهر القاتل ، وفائدة اليمين النكول . فإن كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بأبلغ مما يفيد يمين الطالح ، ولو اختاروا أعمى أو محدودا في قذف جاز لأنه يمين وليس بشهادة . قال (وإذا حلفوا قضى على أهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي) وقال الشافعي لا تجب الدية لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث عبد الله بن سهل رضى الله عنه « تبرئكم اليهود بأيمانها » ولأن

الجنس إذا جعل مبتدأ فهو مقصور على الخبر نحو « الكرم التقوى والتوكل على الله » و« الأئمة من قريش » وقد أشار إليه المصنف في باب اليمين من كتاب الدعوى حيث استدلل فيه على أن لا يرد اليمين على المدعى عندنا لقوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى ، واليمين على من أنكر » وقال : في وجهه جعل جنس الأيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء انتهى . لزم أن لا يصح تحليف غير المدعى عليه من أهل المحلة فيما إذا ادعى الولي القتل على بعض منهم بعينه مع أنه يستحلف خمسون رجلا من أهل المحلة في هذه الصورة أيضا كما صرح به المصنف فيما سيجيء . وجعل إطلاق جواب الكتاب دليلا عليه وقال : وهكذا الجواب في المبسوط وإن لم يقد قوله عليه الصلاة والسلام « واليمين على المدعى عليه » قصر اليمين على المدعى عليه لإثبات المدعى هاهنا بالحديث المذكور فلا يصح التعليل به ، اللهم إلا أن يقال : يجوز أن يثبت به المدعى هنا بوجه آخر وهو أنه عليه الصلاة والسلام ذكر قوله المزبور بطريق القسمة بين الخصمين والقسمة تنافي الشركة ، وقد أشار المصنف إليه أيضا في باب اليمين من كتاب الدعوى حيث قال : ولا ترد اليمين على المدعى لقوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى ، واليمين على من أنكر » قسم والقسمة تنافي الشركة ، وجعل جنس الأيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء انتهى . ولا يخفى أن منافاة القسمة الشركة إنما تقتضى أن لا يحلف المدعى لأن لا يحلف غير المدعى والمدعى عليه كما فيما نحن فيه في صورة إن ادعى الولي القتل على بعض معين من أهل المحلة . نعم يلزم أن ينتقض بهذه الصورة قول المصنف في باب اليمين وجعل جنس الأيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء تأمل توقف (قوله وفائدة اليمين النكول ، فإذا كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بأبلغ مما يفيد يمين الطالح) أقول : لفائدة هنا لذكر المقدمة القائلة وفائدة اليمين النكول ، بل فيه خلل لأن موجب النكول في هذه المسئلة حبس الناكل حتى يحلف لا القضاء بما ادعاه الولي كما سيأتى في الكتاب ، فلانما يظهر فائدة اليمين على الصالح في إظهاره القاتل تحرزا عن اليمين الكاذبة لا في مجرد نكوله حتى يلزم المصير إلى ذكر المقدمة المزبورة ، ثم إن كون فائدة اليمين النكول إنما هو في الأموال لا في باب القسمة لأن اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لأمر الدم ولهذا يجمع بينها وبين الدية ، بخلاف النكول في الأموال كما سيأتى بيانه في الكتاب ، فلا معنى لذكر تلك المقدمة هاهنا ، ولقد أصلح صاحب الكافي تقرير هذا المحل حيث قال : وله أن يختار المشايخ والصلحاء منهم لأنهم يتحرزون عن اليمين الكاذبة أكثر مما يتحرز الفسقة ، فإذا علموا القاتل فبهم أظهره ولم يحلفوا انتهى . بقى في هذا المقام إشكال على كل حال ، وهو أنه لو أخبر بعض من أهل المحلة بأنه يعلم أن القاتل أحد من أهل المحلة بعينه أو أحد من غير أهلها لا يقبل قوله ولا يعمل به لكونهم متهمين بدفع الخصومة عن أنفسهم كما صرحوا به ،

كلامه واضح . وقوله (لأنه يمين وليس بشهادة) يحترز عن اللعان حيث لا يجزى اللعان بينهما لما أن اللعان شهادة والأعنى والمحدود في القذف ليسا من أهل أدائها . قوله (وإذا حلفوا قضى على أهل المحلة) أى على عاقلة أهل المحلة (بالدية) في ثلاث سنين . وقوله (تبرئكم اليهود بأيمانها) قصته أن عبد الله بن سهل وعبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحبيصة خرجوا في التجارة إلى خيبر وتفرقوا لخواصهم ، فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا في قلب من خبير يتشخط في دمه ، فجاءوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليخبروه ، فأراد عبد الرحمن وهو أخو القاتل أن يتكلم ، فقال صلى الله عليه وسلم : الكبر الكبر ، فتكلم أحد عمه

اليمين عهد في الشرع مبرئاً للدمعى عليه لاملزما كما في سائر الدعاوى . ولنا أن النبي عليه الصلاة والسلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل وفي حديث زياد بن أبي مریم ، وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وأدعة . وقوله عليه الصلاة والسلام « تبرئكم اليهود » محمول على الإبراء عن القصاص والحبس ،

وسيجىء في الكتاب تفصيله فافائدة في استحلافهم على العلم رأساً . ولم أر أحداً من الثقات حام حول حل هذا الإشكال سوى صاحب البدائع فإنه قال : فإن قيل : أية فائدة في الاستحلاف على العلم وهم لو علموا القاتل فأخبروا به لكان لا يقبل قولهم لأنهم يسقطون به الضمان عن أنفسهم فكانوا متهمين دافعين الغرم عن أنفسهم . وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا شهادة للمتهم » وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا شهادة لحار المغنم ولا لدافع المغرم » قيل إنما استحلّفوا على العلم اتباعاً للسنّة ، لأن السنّة هكذا وردت لما روينا من الأخبار فاتبعت السنّة من غير أن يعقل فيه المعنى . ثم فيه فائدة من وجهين : أحدهما أن من الجائز أن يكون القاتل عبداً واحداً منهم فيقرّ عليه بالقتل فيقبل إقراره ، لأن إقرار المولى على عبده بالقتل الخطأ صحيح فيقال له ادفعه أو افده ويسقط الحكم عن غيره فكان التحليف على العلم مفيداً ، وجائز أن يقرّ على عبد غيره فصدقه مولاه فيؤمر بالدفع أو الفداء ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيداً فجاز أن يكون التحليف على العلم لهذا المعنى في الأصل ، ثم بقي هذا الحكم . وإن لم يكن لواحد من الخالفين عبداً كالمثل في الطواف « فإن النبي صلى الله عليه وسلم كان رمل في الطواف لإظهاره للجلادة والقوة للكفرة » ويقول : رحم الله امرأ أظهر اليوم الجلادة من نفسه « ثم زال ذلك اليوم وبقي الرمل في الطواف كذا هذا . والثاني أنه لا يمنع أن يكون واحد منهم أمرصياً أو مجنوناً أو عبداً محجوراً بالقتل . فلو أقرّ به يلزمه في ماله فيحلف بالله ما علمت له قاتلاً ، لأنه لو قال علمت له قاتلاً وهو الصبي الذي أمره بقتله لكان حاصل الضمان عليه ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيداً . إلى هنا لفظ البدائع فليكن هذا على ذكر منك (قوله ولنا أنه عليه الصلاة والسلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل) قال بعض الفضلاء : فيه بحث ، فإنه لم يجر القسامة بينهم بالكلية . وإنما وداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده . وفي رواية « من إبل الصدقة » على ما ذكر في الصحيحين وغيرهما ونقله الشراح هنا انتهى . أقول : أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى وجوب القسامة على اليهود بقوله « تبرئكم اليهود بأيمانها » وإنما لم يجر القسامة بينهم لعدم طلب أولياء القتيل إياها حيث قالوا : لا نرضى بأيمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه ، ومطالبة ولي القتيل بالقسامة شرط لإجرائها على الخصوم كما عرفته فيما مر أثناء أن ذكرنا شروط القسامة على التفصيل نقلاً عن البدائع ، وإنما وداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده أو بمائة من إبل الصدقة على سبيل الجمالة عنهم بناء على أن أهل الذمة من أهل البر إليهم . وقد أفصح عنه صاحب النهاية ومراجع الدراية هنا حيث قالاً بعد نقل الحديث : وإنما ودى رسول الله صلى الله عليه وسلم لأنّه تجوز الجمالة عن أهل الذمة ، فإن قضاء دين الغير برّ له . وأهل الذمة من أهل البر إليهم حتى جاز عندنا صرف الكفارات إليهم ، ولا يجوز من مال الزكاة إلا على سبيل الاستقراض على بيت المال انتهى . ثم إن هذا القدر من التوجيه إنما يحتاج إليه على ما روى من حديث عبد الله بن سهل بن أبي حشمة كما وقع في الصحيحين ، وأما ما رواه سعيد بن المسيب كما وقع في شرح الآثار للطحاوي قصراً على الزهري وأخرجه كثير من المحدثين عن الزهري عن سعيد بن المسيب منهم عبد الرزاق رواه في مصنفه ، ومنهم ابن أبي شيبة رواه أيضاً في مصنفه ،

حويصة أو محيصة وهو الأكبر منهما وأخبره بذلك . قال : ومن قتله ؟ قالوا : ومن يقتله سوى اليهود ؟ قال عليه الصلاة والسلام : تبرئكم اليهود بأيمانها . فقالوا : لا نرضى بأيمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه . فقال عليه الصلاة والسلام : أتخلفون وتستحقون دم صاحبكم ؟ فقالوا : كيف نخلف على أمر لم نعين ولم نشاهد فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبطل دمه .

(قال المصنف : ولنا أنه جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل) أقول : فيه بحث ، فإنه لم يجر بينهم القسامة بالكلية ، وإنما وداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده . وفي رواية : من إبل الصدقة على ما ذكر في الصحيحين وغيرهما ونقله الشراح هنا .

وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجيب الدية إذا نكلوا ، بل شرعت ليظهر القصاص بتحررهم عن اليمين الكاذبة فيقرّوا بالقتل ، فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص . ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهراً لوجود القتل بين أظهرهم لا بنكولهم ، أو وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ (ومن أبى منهم اليمين حبس حتى يحلف) لأن اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيماً لأمر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية ،

ومنهم الوافدي رواه في مغازيه في غزوة خيبر . فيجاب النبي صلى الله عليه وسلم القسامة والدية على اليهود صريح بين وقد ذكره المصنف إجمالاً من قبل حيث قال : وروى ابن المسيب « أن النبي عليه الصلاة والسلام بدأ باليهود في القسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتل بين أظهرهم » وفصله الشراح حيث قالوا : روى الزهري عن سعيد بن المسيب أن القسامة كانت من أحكام الجاهلية فقررها رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتل من الأنصار وجد في جبّ اليهود بخيبر ، وذكر الحديث إلى أن قال فألزم رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهود الدية والقسامة انتهى . وكذا أمر بإيجاب القسامة والدية معاً على اليهود ظاهر على ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما « أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل خيبر : إن هذا قتل وجد بين أظهركم فما الذي يخرجكم عنكم ؟ فكتبوا له إن مثل هذه الحادثة وقعت في بني إسرائيل ، فأنزل الله تعالى على موسى عليه الصلاة والسلام أمراً ، فإن كنت نبياً فاسأل الله تعالى مثل ذلك ، فكتب إليهم : إن الله تعالى أراني أن أختار منكم خمسين رجلاً يحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلاً ثم تغرمون الدية ، قالوا : لقد قضيت فينا بالناموس : أي بالوحى » كذا ذكر الحديث في الكافي والبدائع وغيرهما . فظهر أن منشأ البحث المزبور عدم الإحاطة بجوانب المقام خبراً (قوله وكذا اليمين تبرئ عما وجب له القصاص والقسامة ما شرعت لتجيب الدية إذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحررهم عن اليمين الكاذبة فيقرّوا بالقتل ، فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص) أقول : الظاهر أن المراد بهذا الجواب هو عن قول الشافعي ، ولأن اليمين عهد في الشرع مبرئاً للمدعى عليه : لكن يرد عليه أنه إنما يتم فيما إذا ادعى وليّ القتل القتل العمد ، فإن الموجب حينئذ هو القصاص على تقدير أن يقرّوا به ، فإذا حلفوا لا تحصل البراءة عنها بل تجب الدية عليهم أيضاً عندنا . ويمكن أن يقال : وليّ القتل وإن ادعى القتل الخطأ يحلف أهل الحلة بأننا ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً بإطلاق القتل أو خطأ فلا يتم ذلك ، لأن الموجب حينئذ هو الدية على ولم يعلمه الوليّ بل ظن أنهم قتلوا قريبه خطأ ، فلو أقروا في مثل ذلك بالقتل العمد تحرّزا عن الأيمان الكاذبة بناء على إطلاق القتل في تحليفهم لظهر القصاص . فإذا حلفوا حصلت البراءة عنه قطعاً . فإن قلت : إذا كانت دعوى الوليّ مخصوصة بالقتل الخاطئ كيف يصح إطلاق القتل عند التحليف وهل له نظير في الشرع ؟ قلت : لا غرو في ذلك ، وله نظير في الشرع ، ألا يرى أنه لو ادعى الولي على واحد من أهل الحلة بعينه قتل قريبه عمداً أو خطأ استحلف خمسون منهم بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً كما استحلف كذلك لو ادعاه على جميعهم على ماسيجي في الكتاب فتأمل ، فإن حل هذا الحل بهذا الوجه مما يضطر إليه في تصحيح كلام المصنف هنا وإن كان يرى تعسفاً في بادئ الرأي (قوله ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهراً لوجود القتل بين أظهرهم لا بنكولهم) أقول : لا وجه لذلك قوله لا بنكولهم هنا . بل الحق أن يذكر بدله لا بأيمانهم لأننا الآن بصدد بيان موجب أيمانهم . وأما موجب نكولهم فإنما يأتي بيانه من بعد بقوله ومن أبى منهم اليمين حبس حتى يحلف فلا ارتباط لقوله لا بنكولهم بما نحن بصده ، ولأن الظاهر أن قوله ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهراً الخ جواب عن قول الشافعي لا ملزماً كما في سائر الدعاوى : يعنى ما عهد اليمين في الشرع ملزماً كما في سائر الدعاوى . فالدافع له أن يقال : الدية إنما تجب بالقتل الموجود منهم ظاهراً لا بأيمانهم ، فلم يكن اليمين ملزماً هنا كما في سائر الدعاوى ، فقوله لا بنكولهم حشو محض في دفع ذلك ، وإنما اللازم أن يقال بدله لا بأيمانهم كما لا يخفى (قوله ومن أبى منهم اليمين حبس حتى يحلف) قال تاج الشريعة : هذا إذا ادعى

فوداه بمائة من إبل الصدقة » واستدل الشافعي رحمه الله بقوله عليه الصلاة والسلام « تبرئكم اليهود بأيمانها » على أنه لادية بعد

بخلاف النكول في الأموال لأن اليمين بدل عن أصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية ، هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة ، وكذا إذا ادعى على البعض لأبائهم والدعوى في العمد أو الخطأ لأهم لا يتميزون عن الباقي ، ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنه قتل وليه عمدا أو خطأ وكذلك الجواب ، يدل عليه إطلاق الجواب في الكتاب ، وهكذا الجواب في المبسوط . وعن أبي يوسف في غير رواية الأصل أن في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقي من أهل المحلة ، ويقال للولي ألك بينة ؟ فإن قال لا يستحلف المدعى عليه يمينا واحدة . ووجهه أن القياس بأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم ، وإنما عرف بالنص فيما إذا كان في مكان ينسب إلى المدعى عليهم والمدعى يدعى القتل عليهم ، وفيما وراءه بقي على أصل القياس وصار كما إذا ادعى القتل على واحد من غيرهم .

الولي القتل عمدا ، أما إذا ادعاه خطأ فنكل أهل المحلة فإنه يقضى بالدية على عاقلته ولا يجلسون ليحلفوا انتهى . وأما سائر الشراح فلم يقيّد أحد منهم هاهنا مثل ما قيده تاج الشريعة ، إلا أن صاحب النهاية والعناية قال في صدر هذا الباب : حكم القسامة القضاء بوجوب الدية إن حلفوا ، والحبس حتى يحلفوا إن أبوا أو ادعى الولي العمد ، ولو ادعى الخطأ فالقضاء بالدية عند النكول انتهى . ولا يخفى أن ظاهر ما ذكرناه هناك يطابق ما ذكره تاج الشريعة هنا . أقول : لا يذهب عليك أن الظاهر من إطلاق جواب مسألة الكتاب هنا ومن اقتضاء دليلها الذي ذكره المصنف ومن دلالة قوله فيما بعد هذا الذي ذكرناه إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة ، وكذا إذا ادعى على البعض لأبائهم ، والدعوى في العمد أو الخطأ أن يكون الحبس إلى أن يحلف التامل موجب النكول في كل واحدة من صورتى دعوى العمد ودعوى الخطأ ، وعن هذا ترى أصحاب المتون قاطبة أطلقوا بجواب هذه المسئلة ، وكذا أطلقه الإمام قاضيخان في فتاواه حيث قال : وإن امتنعوا عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا انتهى . وكذا حال سائر ثقات الأئمة في تصاليفهم ، وكان صاحب الغاية تنبه لهذا حيث قال في صدر هذا الباب : حكم القسامة القضاء بوجوب الدية على العاقلة في ثلاث سنين عندنا ، وعند الشافعي إذا حلفوا برثوا ، وأما إذا أبوا القسامة فيحبسون حتى يحلفوا أو يقرروا انتهى فإنه جرى في بيان حكمها أيضا على الإطلاق كما ترى . ثم أقول : التحقيق هاهنا هو أن في جواب هذه المسئلة روايتين إحداهما أنهم إن نكلوا حبسوا حتى يحلفوا على الإطلاق وهو ظاهر الروايتين عن أئمتنا الثلاثة ، والأخرى أنهم إن نكلوا لا يجلسون بل يقضى بالدية على عاقلتهم في ثلاث سنين بلا تقييد بدعوى الخطأ ، وهو رواية الحسن بن زياد عن أبي يوسف ، وقد أنصح عنه في المحيط البرهاني حيث قال : ثم في كل موضع وجبت القسامة وحلف القاضي خمسين رجلا فنكلوا عن الحلف حبسوا حتى يحلفوا ، هكذا ذكر في الكتاب . وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أنه قال : لا يجلسون ، ولكن يقضى بالدية على عاقلتهم في ثلاث سنين . وقال ابن أبي مالك : هذا قوله الآخر ، وكان ما ذكر في هذه الرواية قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الأول ، إلى هنا لفظ المحيط . ثم أقول : في هاهنا إشكال ، وهو أنه قد مر في باب اليمين من كتاب الدعوى أن من ادعى قصاصا على غيره فجدد استحلف بالإجماع ، ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص ، وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : لزمه الأرض في النفس وفيما دونها انتهى . فقتضى إطلاق ذلك أن يكون موجب النكول في القسامة أيضا هو القضاء بالدية دون الحبس عند أبي يوسف ومحمد وإن ادعى ولي القتل القصاص مع أن المذكور في عامة الكتب أن يكون موجب النكول في القسامة هو الحبس إلى الحلف بلا خلاف فيه من أبي يوسف ومحمد كما هو ظاهر الرواية . نعم قد ذكر أيضا في المحيط والخيرة أنه روى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أنه

ولما كان ثمة براءة . ووادعة قبيلة من همدان . وقوله (يدل عليه إطلاق الجواب في الكتاب) أى في كتاب القدرى ، أشار به إلى ما ذكره بقوله : وإذا وجد القتل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم الخ (وهكذا الجواب في المبسوط) .

يقضى بالدية في القسامة أيضا عند النكول، لكن يبقى إشكال التنافي بين ما ذكر في المقامين على قول أبي يوسف في ظاهر الرواية وعلى قول محمد مطلقا فتأمل في الدفع (قوله وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل الحلة لأنه لا فصل في إطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فوجهه بالنص لا بالقياس) أقول : فيه بحث ، لأنه إن أراد بإطلاق النصوص إطلاقها بحسب لفظها فهو مسلم ، لكن لا يجدى هنا نفعا ، إذ من القواعد المقررة عندهم أن النص الوارد على خلاف القياس يختص بمورده ، والنصوص فيما نحن فيه واردة على خلاف القياس كما صرحوا به فلا بد وأن تكون مخصوصة بموردها ، وهو ما إذا وجد القتل في مكان ينسب إلى المدعى عليهم والمدعى يدعى القتل عليهم كما ذكر في وجه القياس ، وإن أراد بإطلاقها إطلاقها بحسب المورد أيضا فهو ممنوع إذا لم يسمع في حق القسامة نص ورد فيها إذا ادعى الولي القتل على بعض من أهل الحلة بعينه كما لا يخفى على من تتبع النصوص الواردة في هذا الباب (قوله ولا امرأة ولا عبد لأنهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها) أقول : يشكل إطلاق هذا بقول أبي حنيفة ومحمد في مسألة تجيء في آخر هذا الباب ، وهي أنه لو وجد قتل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة يكرّر عليها الأيمان والدية على عاقلتها . وأما عند أبي يوسف فالقسامة أيضا على العاقلة انتهت ، وسيجيء

(قال المصنف : ثم يجب عليهم القسم) أقول : فيه أنه تكرار .

بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجليه أو رأسه فلا شيء عليهم) لأن هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن . إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيماً للآدمي ، بخلاف الأقل لأنه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجرى فيه القسامة . ولأننا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان ،

في كتاب المعامل ما يتعلق بهذا من الجواب وما فيه من الخلل (قوله لأن هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيماً للآدمي ، بخلاف الأقل لأنه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجرى فيه القسامة) يعني أن وجوب القسامة على أهل المحلة ووجوب الدية على عواقلهم ثبت بالنص على خلاف القياس ، والنص ورد في كل البدن وأكثر البدن كل حكماً وإن لم يكن كلاً حقيقة ، فألحق أكثر البدن بالبدن في وجوب القسامة والدية تعظيماً لأمر الدم وما سواه ليس بكل أصلاً لاحقيقة ولا حكماً فبقى على أصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية . كذا في غاية البيان . أقول : في هذا التعليل شيء ، وهو أنه قد ذكر في وضع المسئلة أنه لو وجد بدن القتل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة والدية . والتعليل المذكور إنما يفيد وجوب القسامة والدية على أهل المحلة فيها إذا وجد بدن القتل أو أكثر من نصف البدن في هاتيك المحلة لا فيها إذا وجد النصف ومعه الرأس فيها ، فإن الموجود فيها في هذه الصورة ليس كل البدن ولا أكثره ، فلم يكن ماورد فيه النص ولا ملحقاً به فلم يتم التقريب ، اللهم إلا أن يقال : النصف إذا كان معه الرأس يصير في حكم أكثر البدن بناء على شرف الرأس وكونه أصلاً كما صرحوا به ، فيصير قول المصنف : إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيماً للآدمي شاملاً لما هو الأكثر حقيقة أو حكماً فيتم التقريب بهذا التأويل . ثم بقي شيء آخر . وهو أن قول المصنف بخلاف الأقل لأنه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجرى فيه القسامة قاصر عن إفادة تمام المقصود ، إذ قد ذكر من قبل أنه إن وجد نصفه مشقوقاً بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجليه أو رأسه فلا شيء عليهم . ولا يخفى أن قوله بخلاف الأقل الخ لا يشمل ما وجد نصفه مشقوقاً بالطول فلا يحصل تمام التقريب ، فالأولى أن يقال : بخلاف الأقل والنصف الذي ليس معه الرأس الخ ، وكأن صاحب الغاية ذاق هذه الإشاعة حيث قال في شرحه بدل قول المصنف بخلاف الأقل الخ وما سواه ليس بكل أصلاً لاحقيقة ولا حكماً فبقى على أصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية اهـ . وأورد بعض الفضلاء على قول المصنف إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيماً للآدمي حيث قال فيه بحث . لأن هذا قياس انتهى . أقول : ليس ذاك بوارد ، فإن هذا الذي ذكره المصنف ليس بقياس بل هو لإلحاق بدلالة النص كما لا يخفى (قوله ولأننا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان) يعني لو وجبت بالأقل لو جبت بالأكثر أيضاً إذا وجد ، وكذلك لو وجبت بالنصف لو جبت بالنصف الآخر أيضاً إذا وجد ، فيلزم أن تتكرر القسامتان والديتان في مقابلة نفس واحدة . وذلك لا يجوز إذ لم تشرعاً مكررتين قط . قال في غاية البيان : كان ينبغي أن يقول : يتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد ولا يذكرهما بلفظ التثنية لأنه حينئذ يكون أكثر من القسامتين والديتين وليس كذلك ، وقصد

صعد من جوفه إلى فيه ، وأما إذا نزل من رأسه إلى فيه فليس يصلح دليلاً على القتل ، ذكره فخر الإسلام في شرح الزيادات وكلامه ظاهر . وقوله (ولأننا لو اعتبرناه يجتمع فيه القسامتان والديتان) وفي بعض النسخ يتكرر ذلك ، لأنه إذا وجب بالأقل وجب بالأكثر إذا وجد ، وكذلك لو وجب بالنصف لوجب بالنصف الآخر فتتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ، وذلك لا يجوز . فإن قيل : ينبغي أن تجب القسامة إذا وجد الرأس لأنه يعبر به عن جميع البدن . أجيب بأن ذلك بطريق المجاز . والمعتبر هو الحقيقة ، ولأنه لو وجبت به لو جبت بالبدن بطريق الأولى فلزم التكرار . وقيل كان ينبغي أن يقول تتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد دون التثنية لأن غرضه ثبوت القسامة مكرراً وثبوت الدية مكرراً . وعبرة التثنية تستلزم أن يكون أكثر من القسامتين

والأصل فيه أن الموجود الأول إن كان بحال لو وجد الباقي تجرى فيه القسامة لا تجب فيه . وإن كان بحال لو وجد الباقي لا تجرى فيه القسامة تجب ، والمعنى ما أشرنا إليه ، وصلاة الجنائز في هذا تنسحب على هذا الأصل لأنها لا تتكرر (ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شيء على أهل الحلة) لأنه لا يفرق الكبير حالا (وإن كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم) لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا (وإن كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم) لأنه ينفصل ميتا لاحيا .

صاحب العناية توجيه عبارة المصنف حيث قال بعد نقل ما في غاية البيان : ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين يتكرران في خمسين نفسا انتهى . أقول : ليس هذا بشيء لأن القسامة في الشرع اسم لمجموع أيمان يقسم بها خسون من أهل الحلة وكذا الدية اسم لمجموع ما وجب من المال بمقابلة دم إنسان فكيف يتصور أن يتحققا في كل واحد من خمسين نفسا حتى يصح توجيه تكرار القسامتين والديتين على القطعتين بتكررها في خمسين نفسا . وإنما الموجود في آحاد خمسين نفسا بعض القسامة والدية لأنفسهما ، والكلام في إسناد التكرار إلى نفس القسامتين والديتين فلا مسأخ لذلك التوجيه (قوله والأصل فيه أن الموجود الأول إن كان بحال لو وجد الباقي تجرى فيه القسامة لا تجب الخ) أقول : فيه نظر ، لأنه إذا كان الباقي نصف القتل مشقوقا بالطول مثلا يصدق عليه أنه بحال لو وجد لا تجرى فيه القسامة ، إذ قد صرح فيما قبل بأنه إن وجد نصفه مشقوقا بالطول فلا شيء عليهم مع أنه لا تجب القسامة حينئذ في الموجود الأول أيضا بناء على ذلك المصريح به فيما قبل فانهتقض بمثل هذه الصورة قوله وإن كان بحال لو وجد الباقي لا تجرى فيه القسامة تجب كما لا يخفى (قوله ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شيء على أهل الحلة) أقول : في تحرير هذه المسئلة بهذا الأداء فتور من وجوه : الأول أن الجنين على ما صرح به في عامة كتب اللغة الولد مادام في البطن فكيف يتصور أن يوجد فيهم جنين وحده وهو في بطن أمه ؟ أما وجوده مع أمه فهو بمنزلة عما نحن فيه لكون الحكم هناك للأم دون الجنين . والثاني أن ذكر الجنين يغني عن ذكر السقط ، لأن السقط على ما صرح به في كتب اللغة الولد الذي سقط قبل تمامه . والجنين يعم تام الخلق وغير تامه . والثالث أن قوله ليس به أثر الضرب غير كاف في جواب المسئلة ، إذ لا بد فيه من أن لا يكون به أثر الجراحة والخلق أيضا كما يقرر فيما سبق . فالاعتصام هنا على نفي أثر الضرب تقصير ، والأظهر أن يقال : ولو وجد فيهم ولد صغير ساقط ليس به أثر القتل فلا شيء عليهم تدبر (قوله وإن كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم ، لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا) فإن قيل : الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي ولسانه وذكره إذا لم تعلم محنته حكومة عدل عندنا وإن كان الظاهر سلامتها . أجب بأنه إنما لم يجب في الأطراف قبل أن يعلم محنتها ما يجب في السليم لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص أو دية ، بخلاف الجنين فإنه نفس من وجه عضو من وجهه ، فإذا انفصل تام الخلق وبه أثر الضرب وجب فيه

والديتين ، ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين يتكرران في خمسين نفسا . وقوله (والمعنى ما أشرنا إليه) يريد به التكرار المذكور وعدمه . وقوله (لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا) اعترض عليه بأن الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي وذكره ولسانه : إذا لم تعلم محنته حكومة عدل عندنا وإن كان الظاهر سلامتها . وأجيب عنه بأنه إنما لم يجب في الأطراف قبل أن تعلم محنتها ما يجب في السليم لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص أو دية ، بخلاف الجنين فإنه نفس من وجه عضو من وجهه ، فإذا انفصل تام الخلق وبه أثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس : لأن الظاهر أنه قاتل لوجود دلالة القتل وهو الأثر إذ الظاهر

(قوله ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين ، يتكرران في خمسين نفسا) أقول : جزء الدية لا يسمى دية حتى يقال يتكرر في خمسين نفسا فتأمل (قوله واعترض عليه بأن الظاهر ، إل قوله : وأجيب عنه بأنه الخ) أقول : الاعتراض والجواب للإتقاني .

قال (وإذا وجد القتييل على دابة يسوقها رجل فالدبة على عاقلته دون أهل الحلة) لأنه في يده فصار كما إذا كان في داره ، وكذا إذا كان قائدها أو رآكها (فإن اجتمعوا فعليهم) لأن القتييل في أيديهم فصار كما إذا وجد في دارهم . قال (وإن مرت دابة بين القريتين وعليها قتييل فهو على أقربهما) لما روى «أن النبي عليه الصلاة والسلام أتى بقتيل وجد بين قريتين فأمر أن يذرع» . وعن عمر رضي الله عنه أنه لما كتب إليه في القتييل الذي وجد بين وادعة وأرحب كتب بأن يقيس بين قريتين : فوجد القتييل إلى وادعة أقرب ففرض عليهم بالقسامة . قيل هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت ، لأنه إذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فتمكنهم النصرة وقد قصروا . قال (وإذا وجد القتييل في دار إنسان فالقسامة عليه) لأن الدار في يده (والدبة على عاقلته) لأن نصرته منهم وقوته بهم .

القسامة والدبة تعظيما للنفوس ، لأن الظاهر أنه قتييل لوجود دلالة القتل وهو الأثر ، إذ الظاهر من حال تام الخلق أن ينفصل حيا . وأما إذا وجد ميتا ولا أثر به فلا يجب فيه شيء لأن حاله لا تفوق حال الكبير ، وإذا وجد الكبير ميتا ولا أثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا ، كذا قال جمهور الشراح . ورد صاحب العناية جوابهم المزبور حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب : وهذا كما

من حال تام الخلق أن ينفصل حيا . وأما إذا انفصل ميتا ولا أثر به فلا يجب فيه شيء لأن حاله لا يفوق حال الكبير . فإذا وجد الكبير ميتا ولا أثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا : وهذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال : وربما قواه لأن الظاهر إذا لم يكن حجة للاستحقاق في الأموال وما يسلك به مسلكها فلا يكون فيها هو أعظم خطرا أولى . والصواب أن يقال : الظاهر هاهنا أيضا اعتبر دافعا لما عسى يدعى القاتل عدم حياته . وأما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك وهو قوله عليه الصلاة والسلام « أتبيع كسجج الكهان : قوموا فدوه » قال (وإذا وجد القتييل على دابة يسوقها رجل الخ) إذا وجد القتييل على دابة يسوقها رجل فالدبة على عاقلته السائق دون أهل الحلة سواء كان مالكا أم لم يكن ، وكذا إذا كان قائدها أو رآكها لأنه في يده فصار كما إذا كان في داره : فإن اجتمع الراكب والسائق والقائد فالدبة عليهم لأن القتييل في أيديهم فصار كما إذا وجد في دارهم وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا وجد القتييل في الدار فإن الدبة هنا على عاقلتهم والقسامة عليهم سواء كانوا ملاكا أو لم يكونوا وهناك على المالك لاعلى السكان . وأجيب أولا بأننا لانسلم أن الدبة لا تجب على مالك الدابة بل تجب عليه ، والمذكور في الكتاب فيما إذا لم يكن للدابة مالك معروف وإنما يعرف ذلك بقول القائد أو السائق أو الراكب ، وأما إذا كان لها مالك معروف فإنها تجب عليه . وثانيا وهو المفهوم من إطلاق جواب الكتاب أن القسامة تجب على الذي في يده الدابة ، والدبة على عاقلته سواء كان للدابة مالك معروف أو لم يكن ، والفرق أن العبرة في هذا الباب للرأى والتصرف والتدبير ، وذلك في الدار للمالك لأن يده لا تنقطع عنها بالإجارة ، وأما في الدابة فالتصرف والرأى والتدبير إلى من بيده الدابة لزوال يد المالك عنها بالإجارة وبالانفلات فتكون القسامة على الذي في يده الدابة . وقوله (وادعة وأرحب) هما قبيلتان من همدان وما بعده ظاهر .

(قوله وأما إذا انفصل ميتا) أقول : الظاهر إذا وجد ميتا (قوله وهذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال وربما قواه) أقول : يرد ، فإن حاصله كون الظاهر حجة للاستحقاق هنا تعظيما لأمر النفوس ، ومنع كلية القضية الفائلة أن لا يكون حجة للاستحقاق . ويقوى هذا المنع ما سبق من المصنف في الدرس الأمس ، ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا فليتأمل (قوله فلان لا يكون فيما هو أعظم خطرا أولى) أقول : الاستحقاق هنا للمال أيضا لا غير (قوله وأما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك) أقول : ذلك في الفرة ، والقسامة والدبة ليستا في معناها (قوله فالتصرف والرأى والتدبير إلى من بيده الدابة) أقول : ما الجواب إذا كان المالك مع الراكب يسوق الدابة أو يقودها ، أو يكون الراكب هو المالك والآخر يقود أو يسوق ، فإن إطلاق الكتاب يشمل هذه الصور . قال الإتيقي : فيما سيجيء من مسألة السفينة : لو كان صاحب السفينة معهم ينبغي أن تجب عليه كما في الدار ، فينبغي أن يكون منا كذلك .

قال (ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك عند أبي حنيفة) وهو قول محمد (وقال أبو يوسف هو عليهم جميعا) لأن ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى (ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام جعل القسامة والدية على اليهود وإن كانوا سكانا بخير . ولهما أن المسالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لأن سكنى الملاك ألزم وقرارهم أدم فكانت ولاية التدبير إليهم فيتحقق التقصير منهم . وأما أهل خيبر فالنبي عليه الصلاة والسلام أقرهم على أملاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج . قال (وهى على أهل الخطة دون المشترين) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : الكل مشتركون لأن الضمان إنما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانبا مقصرا : والولاية باعتبار الملك وقد استوتوا فيه . ولهما أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ، ولأنه أصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير إلى الأصيل . وقيل أبو حنيفة بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة . قال (وإن بقي واحد منهم فكذلك) يعنى من أهل الخطة لما بينا (وإن لم يبق واحد منهم بأن باعوا كلهم فهو على المشترين) لأن الولاية انتقلت إليهم أو خلصت لهم

ترى مع تطويله لم يرد السؤال وربما قوّاه ، لأن الظاهر إذا لم يكن حجة للاستحقاق في الأموال وما يسلك بها مسلكتها فلائذ لا يكون فيها هو أعظم خطرا أولى انتهى . أقول : ليس الأمر كما زعمه . فإن حاصل جوابهم منع عدم كون الظاهر حجة للاستحقاق في باب القسامة فإنه يكون حجة للاستحقاق فيه تعظيما لأمر النفوس وصيانة لها عن الإهدار ، وعن هذا قالوا : يجب الدية بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتل بين أظهرهم ، فقله لأن الظاهر إذا لم يكن حجة للاستحقاق في الأموال وما يسلك بها مسلكتها فلائذ لا يكون فيها هو أعظم خطرا أولى ممنوع ، فإن ما لزم من عدم كون الظاهر حجة في الأموال وما يسلك به مسلكتها إهدار أمر حقير ، وما لزم من عدم كونه حجة في النفوس إهدار أمر خطير ، ولا شك أن إهدار الحقير أهون وأولى من إهدار الخطير . ثم قال صاحب العناية : والصواب أن يقال : الظاهر هنا اعتبر دافعا لما عسى يدعى القاتل عدم حياته . وأما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك وهو قوله صلى الله عليه وسلم « أسجع كسجع الكهان ، قوموا فدوه » انتهى . أقول يرد عليه أن حديث حمل بن مالك ورد في جنين انفصل ميتا ، وموجبه الغرة وهى نصف عشر الدية ، وإنما سماها رسول الله

وقوله (ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك) يشير إلى اختلاص السكان بالملاك . وقوله (وهو قول محمد) يشير إلى أن محمدا ليس في هذا القول بأصيل ، فإنه ذكر في الأسرار بعد ما ذكر الاختلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هذا الاختلاف فقال : وقول محمد مضطرب (وقال أبو يوسف) يعنى آخرًا وكان قوله أولا كقولهما وما بعده ظاهر ، وقوله (وهو على أهل الخطة دون المشترين) الخطة : المكان المختط لبناء دار أو غيرها من العمارات ، ومعناه على أصحاب الأملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الإمام البلدة وقسمها بين الغانمين فإنه يختط خطة لتمييز أنصباؤهم ، والضمير راجع إلى المذكور وهو وجوب القسامة والدية : أى القسامة على أهل الخطة والدية على عاقلتهم ، وقوله (وقيل إن أبا حنيفة رحمه الله بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة) يعنى من أصحاب الخطة في كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشار إليهم المشترين في ذلك ، ويجوز أن يكون فيه تلويح إلى الجواب عما يقال : ما الفرق بين المحلة والدار ، فإنه لو وجد قاتل في دار بين مشتر وذى خطة فإنهما متساويان في قسامة والدية بالإجماع ، وفي المحلة فرقا فأوجبا القسامة على أهل الخطة دون المشترين مع أن كل واحد منهما لو انفرد كانت القسامة عليه والدية على عاقلته . ووجه ذلك أن في العرف أن المشترين قلما يزاحون أصحاب الخطة في التدبير والقيام بحفظ المحلة ، وليس في حق الدار كذلك فإن في عمارة ما استمر من الدار وإجارتها وإعارتها هما متساويان فكذلك في القيام بحفظ الدار . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله إن صاحب الخطة هو المختص . وقوله (ولأنه أصيل) والمشتري دخيل ، وقوله (لأن الولاية انتقلت إليهم) يعنى على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أو خلصت لهم على قول أبي يوسف .

لزوالم من يتقدمهم أو يزاحمهم (وإذا وجد قتيل في دار فالقسامة على ربّ الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة إن كانوا حضورا ، وإن كانوا غيبا فالقسامة على ربّ الدار يكرّر عليه الأيمان) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : لاقسامة على العاقلة لأن ربّ الدار أخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كأهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم . ولهما أن الحضور لزمهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركوه في القسامة قال (وإن وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل ولاخر ما بقى فهو على رءوس الرجال لأن صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرءوس بمنزلة الشفعة . قال (ومن اشترى دارا ولم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع وإن كان في البيع خيار لأحدهما فهو على عاقلة الذي في يده) وهذا عند أبي حنيفة وقالوا : إن لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري

صلى الله عليه وسلم دية حيث قال قدو لكونها بدل النفس كما تقرر في باب الجنين ، والكلام هنا في جنين انفصل حيا بناء على أن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا والموجب فيه القسامة والدية كما ذكر في الكتاب ، فأين هذا من ذلك . وقد كان صاحب العناية ذكر حديث حمل بن مالك في باب الجنين على التفصيل حيث قال : وهذا الحديث حديث حمل بن مالك بالخاء المهملة والميم المفتوحين : قال « كنت بين جارييتين لي فضربت إحدهما بطن صاحبها بعمود فسطاط أو بمسطح خيمة فألقت جنينا ميتا فاخترصم أولياؤها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم . فقال عليه الصلاة والسلام لأولياء الضاربة : دوه . فقال أخوها : ثدى من لاصاح ولا استبل ولا شرب ولا أكل ومثل دمه يطل ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : أجمع كسجع الكهان » وفي رواية « دعى وأرجز العرب . قوما فدوه » الحديث انتهى فكانه نسي ما قدمت يداه (قوله وإذا وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه . وتدخل العاقلة في القسامة إذا كانوا حضورا . وإن كانوا غيبا فالقسامة على ربّ الدار يكرّر عليه الأيمان) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام : يعنى إذا وجد القتيل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات . وفي القسامة روايتان : ففي إحدهما تجب على صاحب الدار وفي الأخرى على عاقلته ، وبهذا يندفع ما يرى من التدافع

وقوله (لزوال من يتقدمهم) يرجع إلى قوله انتقلت إليهم . وقوله (أو يزاحمهم) يرجع إلى قوله أو خلصت لهم . وقوله (وإذا وجد القتيل في دار) يعنى إذا وجد القتيل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات . وفي القسامة روايتان : ففي إحدهما تجب على صاحب الدار وفي الأخرى على عاقلته ، وبهذا يندفع ما يرى من التدافع بين قوله قبل هذا وإن وجد القتيل في دار إنسان فالقسامة عليه . وبين قوله هاهنا فالقسامة على ربّ الدار وعلى قومه بحمل ذاك على رواية وهذا على أخرى . وحكى عن الكرخي رحمه الله أنه كان يوفق بينهما ويقول : الرواية التي توجبها على صاحب الدار محمولة على ما إذا كان قومه غيبا . والرواية التي توجبها على قومه محمولة على ما إذا كانوا حضورا ، كذا في الذخيرة ، والمذكور في الكتاب يدل على أنها عليهم ما جميعا إذا كانوا حضورا ويوافق رواية فتاوى العتاي وما بعده ظاهر . قال (ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل الخ) أجمعوا على أن وجوب الضمان عند وجود القتيل يتعلق بولاية الحفظ لأنه ضمان ترك الحفظ ، ثم اختلفوا فقال أبو حنيفة رحمه الله : ولاية الحفظ باليد والملك سببا ، وقالوا : ولاية الحفظ تستفاد بالملك . فإذا وجد في واحد ارتفع الخلاف : وإن كان لأحدهما الملك وللآخر اليد كان اعتبار البدعيه أولى لأن القدرة الحقيقية ثبتت بها وعندهما اعتبار الملك وعلى هذا إذا اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فإما أن يكون البيع باتا أو فيه الخيار . فإن كان الأول فهو : أى المذكور وهو الدية على عاقلة البائع ، وإن كان الثاني فهو على عاقلة من هي في يده عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما إن كان الأول فعلى عاقلة المشتري . وإن كان الثاني فعلى الذي

(قوله وفي الأخرى على عاقلته) أقول : الأظهر أن يقول : وفي الأخرى عليه وعلى عاقلته حتى يستقيم تقريع اندفاع التدافع عليه (قوله وإن كان الثاني فهو على عاقلة من هي في يده) أقول : لأدرى منافذة هذا التفصيل والإيهام ، فإن اليد للبائع ، إذ الفرض انتفاء قبض المشتري

وإن كان فيه خيار فهو على عاقلة الذى تصير له ، لأنه إنما أنزل قاتلا باعتبار التقصير فى الحفظ ولا يجب إلا على من له ولاية الحفظ ، والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع ، والملك للمشتري قبل القبض فى البيع البات ، وفى المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما فى صدقة الفطر . وله أن القدرة على الحفظ باليد لا بالملك ؛ ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد ، وفى البات اليد للبائع قبل القبض ، وكذا فيما فيه الخيار لأحدهما قبل القبض لأنه دون البات ، ولو كان المبيع فى يد المشتري والخيار له فهو أخص الناس به تصرفا ، واو كان الخيار للبائع فهو فى يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فتعتبر يده إذ بها يقدر على الحفظ .

بين قوله قبل هذا وإن وجد القتل فى دار إنسان فالقسامة عليه ، وبين قوله هنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه يحمل ذاك على رواية وهذا على أخرى انتهى . أقول : فيه بحث ؛ أما أولا فلأن قول المصنف فيما قبل وإن وجد القتل فى دار إنسان فالقسامة عليه وإن جاز أن يحمل على إحدى الروايتين اللتين ذكرهما صاحب العناية إلا أن قوله هاهنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه لا يجوز أن يحمل على الأخرى منهما ؛ فإن القسامة فيها على عاقلة صاحب الدار لا على صاحب الدار وعلى عاقلة جميعا ، وفيما ذكره المصنف هاهنا على رب الدار وعلى قومه جميعا فتغيرا . وأما ثانيا فلأن قول المصنف فتدخل العاقلة فى القسامة إن كانوا حضورا ؛ وإن كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الأيمان صريح فى التوفيق بين المسئلة التى ذكرها هنا وبين المسئلة المذكورة فيما قبل ، حيث كان وجوب القسامة على رب الدار وعلى قومه فيما إذا كان قومه حضورا ووجوبها على رب الدار وحده فيما إذا كانوا غيبا ؛ والمصير إلى الحمل على الروايتين إنما يكون فيما لا يمكن التوفيق ، وهو خلاف مدلول كلام المصنف ضراحة فكيف يصح أن يكون شرحا لمراده (قوله لأنه إنما أنزل قاتلا باعتبار التقصير فى الحفظ ، ولا يجب إلا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك) أقول : هذا التعليل على قول أبى يوسف مشكل ؛ لأنه إن أراد بقوله والولاية تستفاد بالملك الحصر بمعنى أن الولاية تستفاد بالملك لا بغيره ؛ وينتقض ذلك بما مر من أن السكان يدخلون فى القسامة والدية مع الملاك عنده بناء على أن ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى ، وإن لم يرد بذلك معنى الحصر لايتم التقريب فى إثبات مدعاهما فى هذه المسئلة كما لا يخفى (قوله وله أن القدرة على الحفظ باليد دون الملك ؛ ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد) أقول : هذا التنوير غير واضح ؛ لأنه إن أراد باليد اليد مطلقا : أى سواء كانت يد أصالة أو يد نيابة فليس بصحيح ، إذ لا يجب شئ من القسامة والدية على المودع ونحوه بالاتفاق لكون يده يد نيابة لا يد أصالة كما صرحوا به قاطبة ، فلو أمكن الاقتدار على الحفظ بيد النيابة أيضا لما صح ذلك ، وإن أراد بها يد الأصالة فقط كما هو الظاهر فالخصم وهو صاحبه لا يسلم أنه يقتدر على الحفظ بيد الأصالة فقط بدون الملك ، ولا أنه لا يقتدر عليه بالملك بدون تلك اليد ، بل يقول : ولاية الحفظ إنما تستفاد بالملك دون اليد كما فى مسئلتنا المتنازع فيها . وبالحملة ما ذكر فى هذا التنوير ليس بأجلى من

تصير له ودليلهما واضح . وقوله (ولهذا) أى ولكون ولاية الحفظ تستفاد بالملك (كانت الدية) فى هذا الموضع (على عاقلة صاحب الدار دون المودع) لعدم ملكه وإن كان له يد . وكذا دليل أبى حنيفة واضح ، ولم يذكر الجواب عن فصل الوديعة المستشهد به لأنه قد اندرج فى دليله . وذلك لأنه قال (إن القدرة على الحفظ باليد) أطلق اليد والمطلق ينصرف إلى الكامل والكامل فى اليد ما كان أصالة ويد المودع ليست كذلك ، وكذلك المستعير والمستأجر . قيل ما الفرق لأبى حنيفة بين الجناية وصدقة الفطر فإنه يعتبر البتة الملك فى الثانية دون الأولى . والجواب أن صدقة الفطر مؤنة الملك فكانت على المالك ، والجناية موجبة للضمان بترك الحفظ ، والحفظ إنما يتحقق باليد لما ذكر من الدليل .

فى صورتين الضمان على عاقلة البائع ، وهذه الركازة مخصوصة بتقريره ، وسبق المصنف سالم عن أمثاله .

قال (ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها للذي في يده) لأنه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العراقل عنه ، واليد وإن كانت دليلا على الملك لكنها محتملة فلا تكفي لإيجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من إقامة البينة . قال (وإن وجد قتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين) لأنها في أيديهم واللفظ يشمل أربابها حتى تجب على الأرباب الذين فيها وعلى السكان ، وكذا على من يدها والمالك في ذلك وغير المالك سواء . وكذا العجلة ، وهذا على ما روى عن أبي يوسف ظاهر . والفرق لهما أن السفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة ، بخلاف المحلة والدار لأنها لا تنقل . قال (وإن وجد في مسجد محلة فالقسامة على أهلها) لأن التدبير فيه لإيهم (وإن وجد في المسجد الجامع أو الشارع الأعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت المال) لأنه للعامة لا يختص به واحد منهم ، وكذلك

أصل المسئلة (قوله ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها للذي في يده) قال صاحب العناية : ولا يخلجن في وهمك صورة تناقض في عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم أن الاعتبار عند أبي حنيفة لليد . لأن اليد المعتبرة عنده رهي التي تكون بالأصالة والعاقلة تنكر ذلك انتهى . أقول : لقائل أن يقول : هب أن اليد المعتبرة عنده هي التي تكون بالأصالة لكن كيف يتم على أصله التعليل الذي ذكره المصنف بقوله لأنه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه . وهلا يناقض هذا ما مر من أن الاعتبار عند أبي حنيفة لليد دون الملك كما في المسئلة المتقدمة آنفا . فإن الملك هناك للمشتري مع أن الدية عنده لعاقلة البائع لكونه صاحب اليد قبل القبض كما مر تفصيله . وقال صاحب الغاية هنا : ولا يلزم أبا حنيفة أنه يعتبر اليد في استحقاق الدية حتى قال في الدار المبيعة في يد البائع يوجد فيها قتيل أن الدية تجب على عاقلة البائع لأنه يعتبر يد الملك لا مجرد اليد فلم يثبت هنا يد الملك إلا بالبينة انتهى . وذكر في معراج الدراية ما يوافقه حيث قال : وفي جامع الكرابيسي اعتبر أبو حنيفة يد الملك لا مجرد اليد في المسئلة المتقدمة ، وهنا لا يثبت ذلك إلا بالبينة فلا يرد نقضا عليه انتهى . أقول : هذا التوجيه مشكل ، لأن الملك في المسئلة المتقدمة كان للمشتري لا محالة ، وعن هذا نشأ النزاع بين أبي حنيفة وصاحبيه في تلك المسئلة ، إذ لو كان الملك أيضا للبائع لما صار محل الخلاف وإقامة الحججة من الجانبين على ما مر بيانه ، فإذا كان الملك هناك للمشتري فكيف يتحقق للبائع إذ ذاك يد الملك ، إذ ثبوت يد الملك له يقتضي ثبوت نفس الملك أيضا فيلزم أن يجتمع على الدار المبيعة في حالة واحدة ملكان وهما ملك البائع وملك المشتري وهو محال ، وإن أريد بيد الملك غير معناه الظاهر : أي اليد التي كان لصاحبها ملك في الأصل ، وإن زال ذلك الملك في الحال بالبيع فما معنى اعتبار مثل ذلك الأمر الزائل في ترتب الحكم الشرعي عليه في الحال ،

وقوله (ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة) يعني إذا أنكرت العاقلة كون الدار لصاحب اليد ، وقالوا : إنها ودعية أو مستعارة أو مستأجرة (حتى تشهد الشهود أنها للذي في يده) ولا يخلجن في وهمك صورة تناقض في عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم أن الاعتبار عند أبي حنيفة لليد ، لأن اليد المعتبرة عنده هي التي تكون بالأصالة كما تقدم والعاقلة تنكر ذلك ، والباقي واضح . وقوله (واللفظ) أي لفظ القدوري وهو قوله على من فيها من الركاب والملاحين يشمل أربابها : أي ملاكها وغير ملاكها . وقوله (وهذا) أي كون الملاك وغيرهم سواء في القسامة (على ما روى عن أبي يوسف رحمه الله) أن السكان تدخل في القسامة مع الملاك (ظاهر) وأما على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا بد من الفرق وهو ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر . قال (وإن وجد في مسجد محلة) كلامه واضح سوى ألفاظ نذكرها .

(قال المصنف : لأنه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه) أقول : يناقض ما تقدم ، فإن البائع إذا لم يقبض المشتري الدار صاحب يد بلا ملك ، مع أنه تعقل عواقله ، وكذا في بعض صور البيع المنجز .

الجسور العامة ومال بيت المال ما عدا المسامين (ولو وجد في السوق إن كان مملوكا) فعند أبي يوسف نجب على السكان وعندهما على المالك . وإن لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال (لأنه لجماعة المسلمين) ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال . وعلى قول أبي يوسف الدية والقسامة على أهل السجن (لأنهم سكان وولاية التدبير إليهم) والظاهر أن القتل حصل منهم . وهما يقولان إن أهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لأجل النصرة . ولأنه بنى لاستيفاء حقوق المسلمين . فإذا كان غنمه يعود إليهم فغرمه يرجع عليهم . قالوا : وهذه فريضة المالك والسكان وهي مختلف فيها بين أبي حنيفة وأبي يوسف . قال (وإن وجد في بركة ليس بقربها عمارة فهو هدر) وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لأنه إذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف أحد بالتقصير . وهذا إذا لم تكن مماوكة لأحد . أما إذا كانت فالدية والقسامة على عاقلته (وإن وجد بين قريتين كان على أقربيهما) وقد بيناه (وإن وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر) لأنه ليس في يد أحد ولا في ملكه (وإن كان محتسبا بالشاطئ فهو على أقرب القرى من ذلك المكان) على التفسير الذي تقدم لأنه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كال موضوع على الشط والشط في يد من هو أقرب منه ؛ ألا ترى أنهم يستقون منه الماء ويوردون بهائهم فيها . بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة لاختصاص أهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم . قال (وإن ادعى الولي على واحد من أهل الحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم) وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان . قال (وإن ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم) وقد بيناه من قبل . ووجه الفرق هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القتال منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الأمر لأنه منهم بخلاف ما إذا عين من غيرهم لأن ذلك بيان أن القتال

وهل يليق أن يعد ذلك أصلا لإمامنا الأعظم فعليك بالتأمل الصادق (قوله وإن ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم وقد بيناه من قبل) قال صاحب العناية : يريد به قوله هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل الحلة انتهى . وافقني أثره العيني . أقول : الظاهر أنه أراد به قوله بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم لأنه ليس فيه نص ، فلو أوجبناها لأوجبناها بالقياس وهو ممتنع فإنه هو المطابق لهذه المسئلة التي ذكرها المصنف هنا دون ما حمل عليه الشارحان المزبوران كما لا يخفى على الفطن (قوله ووجه الفرق هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القتال منهم) أقول : لقائل أن يقول : إن أريد أن وجوب

قوله (فعند أبي يوسف تجب على السكان) أى سواء كان السكان ملاكا أو غير ملاك . وقوله (كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال) قال في النهاية : وإنما أراد به أن يكون نائبا عن الحال ، أما الأسواق التي تكون في المحال فهي محفوظة بحفظ أهل الحلة فتكون القسامة والدية على أهل الحلة ، وكذا في السوق النائي إذا كان من يسكنها في الليالي أو كان لأحدهم فيها دار مملوكة تكون القسامة والدية عليه لأنه يلزمه صيانة ذلك الموضع فيوصف بالتقصير فيجب عليه موجب التقصير . وقوله (وقد بيناه) يعنى في مسئلة : وإن مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل . وقوله (وإن وجد في وسط الفرات) يريد به الفرات وكل نهر عظيم لعدم خصوصية الفرات بذلك ، وكذلك ذكر الوسيط ليس للتخصيص بل الماء مادام جاريا بالقتيل كان حكم الشط كحكم الوسط . قالوا : هذا إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الحرب ، لأنه إذا كان كذلك فقد يكون هذا قتيل دار الشرك ، وأما إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الإسلام فتجب الدية في بيت المال لأن موضع انبعاث الماء في يد المسلمين فسواء كان قتيل مكان الانبعاث أو مكان آخر دون ذلك فهو قتيل المسلمين فتجب الدية في بيت المال . وقوله (على التفسير الذي تقدم) أراد به قوله قيل هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت . وقوله (لم تسقط القسامة عنهم) يعنى والدية على عاقلهم . وقوله (وقد ذكرناه) يعنى المذكور في بعض النسخ وهو قوله ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنه قتل وليه الخ . وقوله (وقد بيناه من قبل) يريد به قوله هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل الحلة .

ليس منهم ، وهم إنما يغرمون إذا كان القاتل منهم اكونهم قتلة تقديرًا حيث لم يأخذوا على يد الظالم ، ولأن أهل المحلة لا يقومون بمجرد ظهور القتل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي : فإذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه . قال (وإذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتل فهو على أهل المحلة) لأن القتل بين أظهرهم والحفظ عليهم (إلا أن يدعى الأولياء على أولئك أو على رجل منهم بعينه فلم يكن على أهل المحلة شيء) لأن هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن القسامة . قال (ولا على أولئك حتى يقيموا البينة) لأن بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي روينا ، أما يسقط به الحق عن أهل المحلة لأن قوله حجة على نفسه

القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم بدون أن يتعين خصوصه فهو مسلم ، لكن لانسلم أن تعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الأمر حينئذ ، فإن ابتداء الأمر إذ ذاك كون القاتل منهم بدون أن يتعين خصوصه ، وتعيينه واحدا منهم يلزم أن يتعين خصوصه وإن كان منهم ، ولا ريب أن تعيين خصوص القاتل ينافي عدم تعيينه ، وإن أريد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم تعيين خصوصه فهو ممنوع كما لا يخفى ، وإن أريد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم سواء تعيين خصوصه أو لم يتعين فهو أيضا ممنوع ، إذ لا يظهر وجه كون الجناية الصادرة عن واحد منهم عند تعيين خصوصه سببا لوجوب الغرم عليهم جميعا ؛ ألا يرى أنه إذا أقر واحد منهم بعينه بقتل القاتل الموجود بين أظهرهم أو ثبت ذلك بالبينة لا يجب شيء على غيره أصلا . فإن قيل : يجوز أن يكون سبب وجوب الغرم عليهم جميعا عند تعيين خصوص القاتل منهم كونهم قتلة أيضا تقديرًا بتركهم النصرة لعدم أخذهم على يد ذلك القاتل الظالم كما يشعر به قول المصنف فيها بعد : وهم إنما يغرمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرًا حيث لم يأخذوا على يد الظالم . قلنا : ذلك إنما يظهر إذا علموا قتل ذلك الظالم فتركوا النصرة . وأما إذا لم يعلموا ذلك بأن كان قتله خفية فلا . ولئن سلم ذلك مطلقا لعدم احتياطهم في حفظ المحلة يشكل بما إذا أقر واحد منهم بعينه بالقتل أو ثبت ذلك بالبينة ، فإنه لا يجب على غيره شيء هناك مع تحقق ذلك السبب فيه أيضا فتأمل في التوجيه . وذكر في الشروح نقلا عن الميسوط أنه روى ابن المبارك عن أبي حنيفة أنه تسقط القسامة والدية عن أهل المحلة ، لأن دعوى الولي على واحد منهم بعينه تكون إبراء لأهل المحلة عن القسامة ، فإن القسامة في قتل لا يعرف قاتله : فإذا زعم الولي أنه يعرف القاتل منهم بعينه صار مبرا لهم عن القسامة وذلك صحيح منه انتهى . قلت : هذه الرواية أظهر عندى دراية ، والله تعالى أعلم بالصواب (قوله ولأن أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي فإذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه) أقول : بشكل هذا التعليل بما إذا ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه فإنهم إذا لم يغرموا بمجرد ظهور القتل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي فإذا ادعى الولي على واحد منهم بعينه دون غيره لزم أن تسقط الغرامة عن غيره منهم لفقد شرط الغرامة وهو دعوى الولي عليهم فتفكر في الفرق . ولعله لا يتيسر بدون التعسف . قال العيني : وأعلم أن قوله وجه الفرق إلى قوله قال وإذا التقى قوم بالسيوف لم يوجد في كثير من النسخ ولهذا لم يشرحه أكثر الشراح انتهى . قلت : وعن هذا ترى ما فيه من الوهن كما نبت عليه آنفا في الموضعين (قوله وإذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتل فهو على أهل المحلة لأن القتل بين أظهرهم) أى وجد بين أظهرهم : أى بينهم . والظهر والأظهر يجثمان مقحمين كما في قوله عليه الصلاة والسلام « لاصدقة إلا عن ظهر غنى » أى صادرة عن غنى فالظهر فيه مقحم كما في ظهر القلب وظهر الغيب ، وكذا في الأظهر . يقال : أقام بين أظهرهم : أى بينهم .

وقوله (فأجلوا عن قتل) أى انكشفوا عنه وانفجروا ، وقوله (لأن القتل بين أظهرهم) أى وجد بين أظهرهم بعين بينهم والظهر والأظهر يجثمان مقحمين كما في قوله صلى الله عليه وسلم « لاصدقة إلا عن ظهر غنى » أى صادرة عن غنى . فإن قيل : الظاهر أن قاتله من غير أهل المحلة وأنه من خصائه . أجيب بأنه قد تعلق الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلتهم . وقوله (لأن بمجرد الدعوى لا يثبت الحق) أى الاستحقاق عند إنكار المدعى عليه للحديث الذي روينا : أى في أوائل باب القسامة ، (قوله لما علمت غير مرة أن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق) أقول : مع أن استظام أمر الدم باق على حاله حيث يجب على أهل المحلة القسامة والدية

(ولو وجد قتيل في معسكر أقاموا بفلاة من الأرض لأمك لأحد فيها ، فإن وجد في خباء أو فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة ، وإن كان خارجا من الفسطاط فعلى أقرب الأخبية) اعتبارا للبد عند انعدام الملك (وإن كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية) لأن الظاهر أن العدو قتله فكان هدرا ، وإن لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه (وإن كان للأرض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند أبي حنيفة) خلافا لأبي يوسف وقد ذكرناه . قال (وإذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا

كذا في الشروح . فإن قيل : الظاهر أن قاتله من غير أهل المحلة وأنه من خصائه . قلنا : قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعنى الحكم بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلًا في محلهم ، كذا في النهاية والعناية . أقول : يرد على هذا الجواب أن يقال : ما بالكلم تجعلون هذا الظاهر وهو وجوده قتيلًا في محلهم موجبا لاستحقاق القسامة والدية على أهل المحلة ولا تجعلون ذلك الظاهر وهو كون قاتله خصما من غير أهل المحلة دافعا للقسامة والدية عن أهل المحلة ، مع أن الأصل الشائع أن يكون الظاهر حجة للدفع دون الاستحقاق . فالأظهر في الجواب أن يقال : الظاهر لا يكون حجة للاستحقاق فبقى حال القتل مشكلا ، فأوجبنا القسامة والدية على أهل المحلة لورود النص بإضافة القتل إليهم عند الإشكال ، فكان العمل بما ورد فيه النص ، وسيأتى مثل هذا عن قريب (قوله وإن كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية لأن الظاهر أن العدو قتله فكان هدرا)

وأوله قوله صلى الله عليه وسلم « لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأمواهم لكن البينة على المدعى واليمين على من أنكر » . لا يقال الظاهر أنهم قتلوه لما علمت غير مرة أن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق . وقوله (وإن وجد في خباء أو فسطاط) الخباء : الخيمة من الصوف ، والفسطاط : الخيمة العظيمة فكان أعظم من الخباء . وقوله (فعلى أقرب الأخبية) قيل هذا إذا نزلوا قبائل قبائل متفرقين ، أما إذا نزلوا مختلطين فالدية والقسامة عليهم . وقوله (وإن كان القوم لقوا قتالا) يجوز أن يكون حالا : أى مقاتلين . ويجوز أن يكون مفعولا مطلقا لأن لقوا في معنى المقاتلة ، وأن يكون مفعولا له : أى للقتال . وقوله (لأن الظاهر أن العدو قتله فكان هدرا) يجوز إلى ذكر الفرق بين هذه وبين المسلمين إذا اقتتلوا عصبية في محلة فأجلوا عن قتيل فإن عليهم القسامة والدية كما مر آنفا . وقالوا في ذلك : إن القتال إذا كان بين المسلمين والمشركون في مكان في دار الإسلام ولا يدري أن القاتل من أيهما يرجح احتمال قتل المشركين حملا لأمر المسلمين على الصلاح في أنهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين . وأما في المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهة الحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقى حال القتل مشكلا فأوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لورود النص بإضافة القتل إليهم عند الإشكال فكان العمل بما ورد فيه النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذى لم يكن كذلك . وقوله (وإن لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه) إشارة إلى قوله ولو وجد قتيل في معسكر أقاموا الخ . وقوله (وقد ذكرناه) إشارة إلى ما ذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع المالك في القسامة عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول محمد . وقال أبو يوسف : هو عليهم جميعا . وقوله (وإذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله)

(قال المصنف : وإن كان القوم لقوا قتالا) أقول : قال صاحب النهاية : انتصاب قتالا يحتمل أن يكون على الحال : أى المقاتلين ، وأن يكون على المفعول به كما في قوله بعده وإن لم يلقوا عدوا ، وأن يكون على المفعول له : أى للقتال انتهى . والمفعول به محذوف : أى لقوا العدو (قوله وقوله لأن الظاهر أن العدو قتله الخ) أقول : الفرق ظاهر ، فإن الظاهر هنا حجة للدفع عن المسلمين فيصاح حجة ، وثمة لو كان حجة لكأن حجة للاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على أهل المحلة للنص (قوله وأما في المسلمين من الطرفين ، إلى قوله : فبقى حال القتل مشكلا) أقول : وذلك أن تقول : العداوة ترفع الإشكال فلا يلزم من انتفاء جهة الحمل على الصلاح كون حال القتل مشكلا ، ولو صح ما ذكره لكان الأمر كذلك إذا كانت إحدى الطائفتين الخوارج (قال المصنف : وإن كان للأرض مالك فالعسكر كالسكان) أقول : قال الزيلعي : وإن كان للأرض مالك يجب على المالك بالإجماع لأنهم سكان فلا يراهم المالك في القسامة والدية ، وهذا عندها ظاهر ، والفرق لأبي يوسف بينه وبين المحلة والدار أن العسكر نزلوا فيه للانتقال والترحال لا للقرار فلا يعتبر إلا للضرورة ، بخلاف الدار والمحلة فإنهم يسكنون فيه للقرار فلا بد من اعتباره انتهى . ولا يخفى عليك مخالفته لما نصي عليه المصنف من خلاف أبي يوسف

غير فلان) لأنه يريد إسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكرنا ، لأنه لما أقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقى حكم من سواه فيحلف عليه . قال (وإذا شهد اثنان من أهل الحلة على رجل من غيرهم أنه قتل لم تقبل شهادتهما) وهذا عند أبي حنيفة ، وقالوا : تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة . وله أنهم خصماء بإنزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وإن خرجوا من جملة الخصوم كالوصى إذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد . قال رضى الله عنه : وعلى هذين الأصلين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس . قال (ولو ادعى على واحد من أهل الحلة بعينه فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل الشهادة) لأن الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما . وعن أبي يوسف أن الشهود

قال في العناية : قوله لأن الظاهر أن العدو قتلته فكان هدرا يجوز إلى ذكر الفرق بين هذه وبين المسلمين إذا اقتتلوا عصبية في محلة فأجلوا عن قتل فإن عليهم القسامة والدية كما مر آنفا . وقالوا في الفرق : إن القتال إذا كان بين المسلمين والمشركون في مكان في دار الإسلام ولا يدري أن القاتل من أيهما يرجح احتمال قتل المشركين خلا لأمر المسلمين على الصلاح في أنهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين . وأما في المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهة الحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقى حال القتل مشكلا فأوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لورود النص بإضافة القتل إليهم عند الإشكال ، وكان العمل بما ورد فيه النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذى لم يكن كذلك انتهى . وقال بعض الفضلاء طعنا في المصير إلى الفرق المذكور : الفرق ظاهر ، فإن الظاهر هنا حجة للدفع عن المسلمين فيصالح حجة . وثمة لو كان حجة لكان

يعنى لانسقط اليمين عنه بقوله قتلته فلان . غاية ما في الباب أنه استثنى عن يمينه حيث قال قتلته فلان ، وهذا لا ينافي أن يكون المقر شريكه في القتل وأن يكون غيره شريكا معه . وإذا كان كذلك يحلف على أنه ما قتلته ولا عرف اه قاتلا غير فلان . قال (وإذا شهد اثنان من أهل الحلة الخ) إذا ادعى الولي على رجل من غير أهل الحلة وشهد اثنان من أهل الحلة عليه أنه قتلته قال أبو حنيفة رحمه الله : لم تقبل شهادتهما . وقالوا : تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم ، كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة . ولأبي حنيفة رحمه الله أنهم جعلوا خصماء تقديرا للتقصير الصادر منهم . وإن خرجوا من جملة الخصوم فلا تقبل شهادتهم ، كالوصى إذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها إما ببلوغ الغلام أو بعزل القاضي . وقواه (وعلى هذين الأصلين) يعنى الأصلين المجمع عليهما أحدهما أن كل من انتصب خصما في حادثة ثم خرج من كونه خصما لم تقبل شهادته في تلك الحادثة بالإجماع . كالوكيل إذا خاصم ثم عزل ، والثاني إذا كانت لرجل عرضية أن يصير خصما ثم بطلت تلك العرضية فشهد قبلت شهادته بالإجماع . وأبو حنيفة رحمه الله جعل ما نحن فيه من الأصل الأول لأنهم صاروا خصماء في هذه الحادثة لوجود القتل بين أظهرهم فإنه السبب الموجب للقسامة والدية . قال عمر : وأنا أغرمكم الدية لوجود القتل بين أظهركم ، وبدعوى الولي القتل على غير أهل الحلة لا يتبين أن هذا السبب لم يكن ولكن خرجوا بذلك عن كونهم خصماء وهما جعلاه من الأصل الثاني لأنهم إنما يكونون خصماء لو ادعى الولي القتل عليهم ، فإذا ادعى على غيرهم زالت العرضية فتقبل شهادتهم . وقوله (يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس) . أما على الأصل الأول فمسئلة الوكيل إذا خاصم في مجلس الحكم ثم عزل كما مر والوصى في حقوق اليتيم خاصم أو لم يخاصم كما مر . وأما على الأصل الثاني فمسئلة الشفيعين إذا شهدا على المشتري بالشراء وهما لا يطلبان الشفعة تقبل شهادتهما لأنهما بعرضية أن يصيرا خصمين بطلب الشفعة وقد بطلت بتركها . وقواه (ولو ادعى) ظاهر . وقوله (على ما بيناه) إشارة إلى ما ذكر من مسئلة وإن ادعى الولي على واحد من أهل الحلة

يحلّفون بالله ما قتلناه ولا يزادون على ذلك لأنهم أخبروا أنهم عرفوا القاتل . قال (ومن جرح في قبيلة فنقل إلى أهله فمات من تلك الجراحة ، فإن كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة . وهذا قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : لا قسامة ولا دية) لأن الذي حصل في القبيلة والحلة مادون النفس ولا قسامة فيه ، فصار كما إذا لم يكن صاحب فراش . وله أن الجرح إذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص . فإن كان صاحب فراش أضيف إليه ، وإن لم يكن احتمال أن يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك (ولو أن رجلا معه جريح به رمق حمله إنسان إلى أهله فكث يوما أو يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله إلى أهله في قول أبي يوسف وفي قياس قول أبي حنيفة يضمن) لأن يده بمنزلة الحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها ، وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة (ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد وزفر لاشيء فيه) لأن الدار في يده حين وجد الجريح

حجة للاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على أهل الحلة للنص انتهى . أقول : ليس هذا الفرق بتام فضلا عن كونه ظاهرا ، إذ لا نسلم أن الظاهر ثمة لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق ، بل يجوز أن يكون حجة لدفع القسامة والدية عن أهل الحلة ، ولا يكون حجة للاستحقاق على المسلمين الذين اقتتلوا عصبية في ذلك المحل فيلزم أن يكون هدرا فلا بد في تمام الفرق بين المسئلتين من المصير إلى ما ذكره المشايخ من البيان ، ونقله صاحب العناية كما تحققت (قوله ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة) قال صاحب العناية : اعلم أن المصنف قال فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة ، ثم قال في دليله وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلته ، وفيه تناقض ظاهر ومخالفة بين الدليل والمذلول . ودفع ذلك بأن يقال : عاقلة الميت إما أن تكون عاقلة الورثة أو غيرهم ، فإن كان الأول كان الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافي بينهم ، وإن كان الثاني كان الدية على عاقلة الورثة ، ولما كان كل منهما ممكنا أشار إلى الأول في حكم المسئلة وإلى

في بيان الفرق بقوله وهو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الأمر . وقوله (ومن جرح في قبيلة) يعني ولم يعلم الجراح ، لأنه لو علم سقط القسامة ، بل فيه القصاص على الجراح إن كان عمدا والدية على العاقلة إذا كان خطأ ، فإذا لم يعلم الجراح فلما أن يصير صاحب فراش حين جرح أو يكون صحيحا حينئذ بحيث يجهى ويذهب . فإن كان الثاني فلا ضمان فيه بالاتفاق ، وإن كان الأول ففيه القسامة والدية على القبيلة عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعند أبي يوسف لا شيء عليه وهو مذهب ابن أبي ليلى . ووجه قول أبي يوسف ظاهر ، ووجه قول أبي حنيفة أن الجرح إذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص ، واعترض عليه بأنه لو كان كذلك لما افرق الحكم بين صيرورته صاحب فراش وعدم صيرورته كذلك كما لا يفرق في حق القصاص ، فإنه إذا لم يكن وقت الجرح صاحب فراش ثم سرى فمات وجب القصاص . وأجيب بأن القسامة والدية مردتا في قتيل في محلة لم يعلم له قاتل بالنص على خلاف القياس فيراعى ذلك بقدر الإمكان ، والمجروح في محلة لم يعلم جوارحه إذا صار صاحب فراش قتيل شرعا لأنه صار مريضا مريض الموت وحكمه حكم الميت في التصرفات فجعل كأنه مات حين جرح فوجبت الدية والقسامة . وأما إذا كان صحيحا يذهب ويجهى فهو في حكم التصرفات لم يجعل كالميت من حين جرح ، فكذلك في الدية والقسامة . وقوله (ولو أن رجلا معه جريح الخ) حكمه ظاهر من مسئلة من جرح في قبيلة فنقل إلى أهله ولهذا قال في آخره : وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله في مسئلة القبيلة . وقوله (ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه) اعلم أن المصنف رحمه الله قال : فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة رحمه الله . ثم قال في دليله : وحال

(قال المصنف ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته) أقول : أي على عاقلة ورثته على تقدير المضاف ، وإنما قال هكذا بناء على الظاهر من اتحاد عاقلة الورثة مع عاقلة القاتل ، حتى لو اختلفت العوائل تكون على عاقلة الورثة كما صرح به المصنف في تقرير الدليل .

فيجعل كأنه قتل نفسه فيكون هدرا . وله أن القسامة إنما تجب بناء على ظهور القتل ، ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك ، وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم ، بخلاف المكاتب إذا وجد قتيلا

الثاني في دليلها . وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف : أى على عاقلة ورثته ، إلى هنا كلامه . أقول : ما ذكره في الدفع كلام مشوش خال عن التحصيل سيما قوله وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف : أى على عاقلة ورثته ، فإن حكم المسئلة المذكورة وهو وجوب الدية على العاقلة عند أبي حنيفة يعم صورتين قطعا : أى صورة إن كان عاقلة الميت عاقلة الورثة . وصورة إن كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة ، فما معنى تخصيص حكمها بالصورة الأولى بمجرد الإشارة إلى إمكانها ؟ ثم إن تقدير المضاف وعدم تقديره متناقضان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد حتى يقدر المضاف في قول المصنف فالدية على عاقلته على التقدير الثاني ولم يقدر على التقدير الأول كما يشعر به قوله وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف : أى على عاقلة ورثته ، فالوجه في الدفع أن يقال : المضاف مقدر البتة في قوله فالدية على عاقلته : أى على عاقلة ورثته فيوافق الدليل ويتناول صورتين معا . أما تناوله الصورة الثانية وهي إن كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فظاهر : وأما تناوله الصورة الأولى وهي إن كان عاقلة الميت عين عاقلة الورثة فلأن عاقلته وعاقلتهم إذا اتحدتا يصح نسبتهم إلى الورثة كما يصح نسبتهم إلى الميت ، بل تكون نسبتهم إلى الورثة أولى ها هنا لأن الدار لما كانت حال ظهور القتل للورثة لا للميت وكان وجوب القسامة والدية بناء على ظهور القتل كما ذكره المصنف في الدليل كانت الدية على عاقلة الورثة لا على عاقلة الميت . وقال صاحب النهاية في شرح قول المصنف فديته على عاقلته لورثته : أى على عاقلة ورثته لورثته لأنه لما وجد قتيلا في الدار المملوكة لورثته لاله لأنه ميت والميت ليس من أهل الملك كانت الدية عليهم ، وإنما قال الدية على عاقلته بناء على الظاهر ، وهو أن عاقلة الوارث والمورث متحدة ، وإن كان في موضع تختلف العاقلة ينبغى على قياس هذه الطريقة وهي أن الدار مملوكة للورثة لا للميت أن تكون الدية على عاقلة الورثة وهي الأصح ، وعلى قياس طريقة أن غيره لو وجد قتيلا فيها كانت القسامة عليه دون عاقلته يجب أن تكون الدية على عاقلة القاتل . كذا في المبسوط انتهى . أقول : لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن هذا أولى مما ذكره صاحب العناية ، إلا أن في تقريره أيضا شيئا من الركافة ، فالأرجح ما قررناه من قبل تأمل ترشد (قوله وله أن القسامة إنما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك ، وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم) اعترض عليه بأن الدية إذا وجبت على عاقلة الورثة فإنما وجبت للورثة فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لم .

ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم ، وفيه تناقض ظاهر ومخالفة بين الدليل والمداول ، ودفع ذلك بأن يقال عاقلة الميت إما أن تكون عاقلة الورثة أو غيرهم ، فإن كان الأول كانت الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافي بينهم . وإن كان الثاني كانت الدية على عاقلة الورثة ، ولما كان كل منهما ممكنا أشار إلى الأول في حكم المسئلة وإلى الثاني في دليلها . وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف : أى على عاقلة ورثته ، وما ذكر في الكتاب من وجه المسئلة للجانبين ظاهر . واعترض على وجه أبي حنيفة رحمه الله بأن الدية إذا وجبت على عاقلة الورثة فإنما وجبت للورثة فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لم . وأجيب بأنها تجب للمقتول حتى تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه ، وهو نظير الصبي والمعتوه إذا قتل أباه تجب الدية على عاقلته وتكون ميراثا له . ثم اعلم بأنه صنع مثل ذلك في ذكره الدية في الحكم والقسامة . في دليل أبي حنيفة رحمه الله إشارة إلى أن القسامة واجبة عليهم وجوب الدية وهو اختيار بعض المشايخ ، فإن القسامة لم تذكر في الأصل . واختلف المشايخ في وجوبها على العاقلة على قول أبي حنيفة ، فمنهم من قال : لا تجب لأنها تخص بمن يعلم بحال القاتل وليس ها هنا من يعلمه فلا تلزم القسامة ، ومنهم من قال : تجب لجواز أن يكون جماعة اتفقوا على قتله فقتلوه في داره فيكون ثمة من يعلم بحاله . واختاره المصنف واكتفى بذكرها في الدليل عن ذكر الدية لأن وجوبها يستلزم وجوب الدية ، وما أظفه مخبر ابل الله نراه : ولما استشعر ورود مسئلة المكاتب إذا وجد قتيلا في داره كالنقض على ما ذكر أشار إلى الجواب بقوله

في دار نفسه لأن حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كأنه قتل نفسه فيهدر دمه (ولو أن رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبوحا ، قال أبو يوسف : يضمن الآخر الدية ، وقال محمد : لا يضمنه) لأنه يحتمل أنه قتل نفسه فكان التوهم . ويحتمل أنه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك . ولأبي يوسف أن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما إذا وجد قتيل في محلة (واو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة تكرر عليها الأيمان ، والدية على عاقلها أقرب القبائل إليها في النسب . وقال أبو يوسف : على العاقلة أيضا (لأن القسامة إنما تجب على من كان من أهل النصرة والمرأة ليست من أهلها فأشبهت الصبي . ولهما أن القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة . قال المتأخرون : إن المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لأننا أنزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة (ولو وجد رجل قتيل في أرض رجل إلى جانب قرية ليس صاحب الأرض من أهلها ، قال : هو على صاحب الأرض) لأنه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية .

وأجيب بأنها تجب للمقتول حتى تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه إذا قتل أباه تجب الدية على عاقلته وتكون ميراثا له كذا في العناية وعليه أكثر الشراح . أقول : يرد على ظاهر هذا الجواب أنه ينافي ما ذكر في وضع جواب المسئلة ، فإن المذكور فيه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة ، ومقتضى جواب الاعتراض أن تكون دية له لا لورثته . ويمكن دفعه بأن المراد بالمذكور في وضع جواب المسئلة أن دية المقتول على عاقلته لورثته في ثاني الحال : أي تصير لهم بالخلافة عن المقتول بعد أن كانت له أولا ، ومثل هذا التسامح في العبارة ليس بعزيز في كلمات الثقات . ثم أقول : بقي هنا إشكال قوي ، وهو أنه قد مر أن دعوى ولي القتل شرط لوجوب القسامة والدية وولي القتل فيما نحن فيه هو الورثة فلا بد من دعواهم ، فيلزم أن تكون دعواهم على أنفسهم لأن الدار كانت لهم حال ظهور القتل ، ولا يخفى ما فيه . ويمكن دفعه أيضا بتمحل فليتأمل . وأجاب صاحب الغاية عن أصل الاعتراض بوجه آخر حيث قال : قلت العاقلة أعم من أن تكون ورثة أو غير ورثة ، فما وجب على غير الورثة من العاقلة يجب لورثة منهم انتهى . أقول : ليس هذا بشيء . أما أولا فلأن الدية اسم لمجموع ما قدره الشرع من الأنواع المخصوصة من المال كما تقرر في أول الديات ، وبعض ذلك لا يسمى دية كما صرحوا به ، فلو كان ما يجب للورثة من العاقلة ما وجب على غير الورثة منهم فقط لما تم جواب هذه المسئلة وهو قوله فديته على عاقلته لورثته .

لأن حال ظهوره الخ : يعني إنما صار دم المكاتب هدر لأن حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه لأن الكتابة لا تنسخ إذا مات عن وفاء بل يقضى به ما عليه ، وإذا كان الدار على حكم ملك نفسه جعل قتيل نفسه ، ومن قتل نفسه كان دمه هدرا ، بخلاف الحر فإنه حال ظهور قتله لم تكن الدار على حكم ملكه لعدم قابلية الميت للملك ، وإنما انتقل إلى ورثته فكان كقتيل وجد في دار غيره ولم يعلم له قاتل فتجب فيه القسامة والدية . وقوله (ولو أن رجلين كانا في بيت) ظاهر . وقوله (كما إذا وجد قتيل في محلة) يعني أن توهم قتل نفسه فيه موجود ولم يعتبر فكذلك ها هنا . وقوله (قال المتأخرون) أي من مشايخنا رحمهم الله (إن المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة) يشير إلى أنها لا تدخل في غير هذه الصورة على ما يجيء في المعامل إن شاء الله تعالى وإنما دخلت في هذه الصورة لأنها نزلت قاتلة تقديرا حيث دخلت في القسامة ، فكما دخلت فيها دخلت في العقل أيضا ، بخلاف غيرها من الصور فإنها لا تدخل فيه في القسامة بل تجب على الرجال فلا تدخل في العقل أيضا . وقوله (لأنه أحق بنصرة أرضه) لأن الحفظ والتدبير في الأرض إلى صاحب الأرض لا إلى أهل القرية . والله سبحانه وتعالى أعلم .

(قال المصنف : وتهمة القتل من المرأة متحققة) أقول : يخالف لما مر في بيان قوله ولا قسامة على المرأة ، وأشار الأكل إلى جوابه في

الدرس الثاني من المعامل .

(كتاب المعادل)

المعادل جمع معقلة ، وهي الدية ، وتسمى الدية عقلا لأنها تعقل الدماء من أن تسفك : أى تمسك . قال (والدية فى شبه العمد والخطأ ، وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة ، والعاقلة الذين يعقلون) يعنى يؤدون

لأن دية المقتول مجموع ما يجب على العاقلة كلهم لاما يجب على بعض منهم . وأما ثانيا فلأن المخدور المذكور فى الاعتراض المزبور إنما هو أن يكون الذين عقلوا عنهم هم الذين عقلوا لهم وهم الورثة كما ينادى عليه قول المعارض فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم ، لأن يكون من وجبت الدية عليهم عين من وجبت لهم حتى يقال إن من وجبت الدية عليهم غير الورثة ومن وجبت لهم هم الورثة فلا اتحاد . على أن العاقلة إذا كانت أعم من أن تكون ورثة أو غير ورثة كما ضرح به ذلك المحجب تكون الورثة أيضا ممن وجبت عليهم الدية ، لأن الدية إنما تجب على العاقلة كلهم لاعلى بعض منهم فيلزم اتحاد من وجبت الدية عليهم . ومن وجبت لهم بالنظر إلى الورثة للاحالة فلا يصح الجواب المزبور على كل حال كما لا يخفى .

(كتاب المعادل)

أقول : هكذا وقع العنوان فى عامة المعترات ، لكن كان ينبغى أن يذكر العواقل بدل المعادل ، لأن المعادل جمع المعقلة وهي الدية كما صرح به المصنف وغيره فيصير المعنى كتاب الديات ، وهذا مع كونه مؤديا إلى التكرار ليس بتمام فى نفسه ، لأن بيان أقسام الديات وأحكامها قد مرّ مستوفى فى كتاب الديات ، وإنما المقصود بالبيان هاهنا بيان من تجب عليهم الدية بتفاصيل أنواعهم وأحكامهم وهم العاقلة ، فالمناسب فى العنوان ذكر العواقل لأنها جمع العاقلة . قال صاحب النهاية : لما كان موجب القتل الخطأ ونافى معناه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها ومعرفة أحكامها فذكرها فى هذا الكتاب انتهى . واقتضى أثره صاحب العناية . أقول : ليس ذلك بسديد ، لأن مداره أن يكون المقصود بالذات فى هذا الفصل معرفة الديات نفسها ومعرفة أحكامها ، وليس كذلك فإن محلها كتاب الديات واستوفيت هناك على التفصيل ، وإنما المقصود بالذات هنا معرفة العواقل وأحكامها وذكر الدية على سبيل الاستطراد ، ولولا ذلك لما ذكر الكتاب هنا بل كان ينبغى أن يذكر الباب أو الفصل لكون المذكور هنا إذ ذاك شعبة من الديات ، بخلاف العواقل فلإنها أمر مغاير للديات ذاتا وحكما فكانت محلا لذكر الكتاب ، وكان ذينك الشارحين إنما اغترأ بذكر المعادل فى عنوان هذا الكتاب بدل العواقل كما فصلناه آنفا . والوجه السديد هنا ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال : لما بين أحكام القتل الخطأ وتوابعه شرع فى بيان من يجب عليه الدية ، إذ لابد من معرفتها انتهى (قوله والدية فى شبه العمد والخطأ وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة) قال جمهور الشراح : قوله وكل دية مبتدأ

(كتاب المعادل)

لما كان موجب القتل الخطأ وما فى معناه الدية على العاقلة لم يكن من معرفتها بد ، فذكرها وأحكامها فى هذا الكتاب . وقال (المعادل جمع معقلة) بفتح الميم وضم القاف وبين معناها . وقوله (وكل دية) مبتدأ . وقوله (على العاقلة) خبره . وقوله (وجبت بنفس القتل) يعنى ابتداء ، فإن ما يجب منها بسبب الصلح أو الأبوة فهى فى مال القاتل لاعلى العاقلة .

(كتاب المعادل)

أقول : كان الأولى أن يقال : كتاب العواقل ، لأن المعادل جمع معقلة وهي الدية كما قال هو ، فكأنه قال : كتاب الديات فصار

العقل وهو الدية ، وقد ذكرناه في الدييات . والأصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه الصلاة والسلام في حديث حمل بن مالك رضى الله عنه للأولياء « قوموا فلدوه » ولأن النفس محترمة لاوجه إلى الإهذار والخطأ معذور ، وكذا الذى تولى شبه العمد نظرا إلى الآلة فلا وجه إلى إيجاب العقوبة عليه ، وفي إيجاب مال عظيم إجحافه واستئصاله فيصير عقوبة فضم إليه العاقلة تحقيقا للتخفيف . وإنما خصوا بالضم لأنه إنما قصر لقوة فيه وتلك بأنصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به . قال (والعاقلة أهل الديوان إن كان القتال من أهل الديوان يؤخذ من عطايهم في ثلاث سنين) وأهل الديوان أهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت أساميهم في الديوان وهذا عندنا . وقال الشافعى : الدية على أهل العشيرة لأنه كان كذلك على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام ولا نسخ بعده ولأنه صلة والأولى بها الأقارب . ولنا قضية عمر رضى الله عنه فإنه لما دون الدواوين جعل العقل على أهل الديوان ، وكانت ذلك بمحض من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير منهم ، وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لأن العقل كان على أهل النصرة وقد كانت بأنواع : بالحلف والخلف والولاء والعد . وفي عهد عمر رضى الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على أهلها اتباعا للمعنى ولهذا قالوا : لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة ، وإن كان بالحلف فأهلهم والدية صلة كما قال ، لكن إيجابها فيها هو صلة وهو العطاء أولى منه في أصول أموالهم ، والتقدير بثلاث سنين ، وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام

وقوله على العاقلة خبره . أقول : فيه خلل ، إذ لو كان الأمر كما قاله لكان قوله وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة كلاما مستأنفا مستقلا وكان ما قبله وهو قوله والدية في شبه العمد والخطأ كلاما تاما مستقلا أيضا فيلزم أن يكون قوله والدية مبتدأ ، وقوله في شبه العمد والخطأ خبره فيصير المعنى والدية كائنة أو واجبة في شبه العمد والخطأ ، وهذا مع استلزامه أن يكون قوله والدية في شبه العمد والخطأ مستدركا لاطائل تحتها هاهنا ، إذ كون الدية واجبة في شبه العمد والخطأ ، وقد ذكر مفصلا في أول كتاب الجنایات وكتاب الدييات ، وليس له تعلق بكتاب المعاقل يفوت به المعنى المقصود هاهنا وهو بيان كون الدية في شبه العمد والخطأ على العاقلة ، إذ بهذه الحيشية تصير هذه المسئلة من مسائل كتاب المعاقل . والحق الصريح عندى أن قوله والدية مبتدأ وقوله في شبه العمد والخطأ صفة : أى الدية الكائنة أو الواجبة في شبه العمد والخطأ ، وقوله وكل دية وجبت بنفس القتل عطف على قوله والدية في شبه العمد والخطأ ، وقوله على العاقلة خبر المبتدأ وهو قوله والدية فيصير الحكم بكونها على العاقلة منسجبا

وقوله (وقد ذكرناه) يعنى الدية بتأويل العقل . وقوله (وكذا الذى تولى شبه العمد) وهو الذى ضربه بالسوط الصغير حتى قتله . وقوله (وفي إيجاب مال عظيم إجحافه) فسر الإجحاف بقوله واستئصاله . وقوله (إنما قصر حالة الرى في التثبت والتوقف . وقوله (وتلك) أى القوة . وقوله (كتبت أساميهم في الديوان) الديوان : الجريدة . من دون الكتب إذا جمعها لأنها قطع من القراطيس مجموعة . ويروى أن عمر رضى الله عنه أول من دون الدواوين : أى رتب الجرائد للولاية والقضاة ، ويقال فلان من أهل الديوان : أى ممن أثبت اسمه في الجريدة . وقوله (من عطايهم) العطاء اسم ما يعطى والجمع أعطية ، والعطايا جمع عطية وهو بمعنى العطاء ، وقوله (وذلك ليس بنسخ بل هو تقرير معنى) جواب عن قول الشافعى رحمه الله ولا نسخ بعده . وقوله (بالحلف) الحلف بكسر الحاء : العهد بين القوم ومنه قولهم تحالفوا على التناصر والمراد به ولاء الموالاة . وقوله (والولاء) أى ولاء العتاقة . وقوله (والعد) هو من العديد وهو أن يعد فيهم يقال فلان عديد بنى فلان إذا عد فيهم .

تكرارا ، والمواقل جمع عاقلة ، وهو من يتحمل الدية ، وهذا هو المناسب هنا كما لا يخفى (قوله وهو الذى ضربه بالسوط الصغير) أقول : وفيه بحث .

ومحكى عن عمر رضى الله عنه ، ولأن الأخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة (فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها) لحصول المقصود وتأويله إذا كانت العطايا للسنين المستقبلية بعد القضاء ، حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لأن الوجوب بالقضاء على ما نبين إن شاء الله تعالى ، ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا ، وإذا كان جميع الدية في ثلاث سنين فكل ثلث منها في سنة ،

على المعطوف والمعطوف عليه جميعا فلا يلزم المحذور أصلا ويحصل المعنى المقصود هنا بلاريب (قوله ولأن الأخذ من العطاء للتخفيف ، والعطاء يخرج في كل سنة مرة) أقول : في تمام هذا التعليل كلام ، لأنه يجوز أن يكون العطاء الخارج في سنة واحدة أو في سنتين وافيا بتمام الدية لكثرة آحاد العاقلة ، فيمكن أخذها بالتمام من العطاء الخارج في سنة أو سنتين ، فلا يفيد هذا التعليل المزبور المدعى وهو التقدير بثلاث سنين . وأيضا يجوز أن لا تكون العطايا الخارجة في ثلاث سنين وافية بتمام الدية لقلة آحاد العاقلة ، فلا بد أن تؤخذ إذ ذاك من العطايا الخارجة في أكثر من ثلاث سنين ، فلا يفيد التعليل المذكور المدعى من هذه الحيشة أيضا كما ترى . نعم يفيد التأجيل مطلقا لكن المدعى هنا هو التأجيل بثلاث سنين لا التأجيل مطلقا (قوله فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها لحصول المقصود) أقول : فيه بحث ، وهو أن القياس كان بآني إيجاب المال بمقابلة النفس المحترمة لعدم المائلة بينهما ، إلا أن الشرع ورد بذلك كما صرحوا به ، والشرع إنما ورد بإيجابه مؤجلا بثلاث سنين ، فإنه هو المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو المحكى عن عمر رضى الله تعالى عنه كما مر آنفا ، فينبغي أن يختص التأجيل بثلاث سنين ، إذ قد تقرر عندهم أن الشرع الوارد على خلاف القياس يختص بما ورد به ، وسيجيئ نظير هذا في الكتاب في تعليل أن ما وجب على القاتل في ماله كما إذا قتل الأب ابنه عمدا ليس بحال عندنا بل مؤجلا بثلاث سنين فتأمل هل يمكن دفعه ؟ (قوله ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة) قال صاحب معراج الدراية : وفي بعض النسخ : ولو خرج للقاتل : أى للعام القابل وهو الأصح انتهى . وتبعه الشارح العيني . أقول : كيف يكون ذلك هو الأصح ، وحينئذ يلزم أن يكون قول المصنف معناه في المستقبل لغوا محضا ، لأن ما يخرج للعام القابل : أى المقبل لا يكون إلا في المستقبل قطعاً ، فما معنى تفسير المراد بقوله معناه في المستقبل اللهم إلا أن يفرق بين خروج في العام القابل وبين خروج للعام القابل ويدعى إمكان كون الخروج للعام القابل في الماضي بأن خرج العطاء في الماضي للعام القابل : أى لأجل العام القابل بطريق تعجيل إعطاء عطية العام الآتى أيضا لمصلحة لكنه تعسف لا ينجح . نعم في النسخة الأولى أيضا كلام ، وهو أنه قال في جواب هذه المسئلة يؤخذ منها كل الدية . ولا شك أن كل الدية إنما يؤخذ من العطايا التي خرجت للعاقلة أجمعهم لأنها خرجت للقاتل فقط ، إلا أنه يمكن أن يقدر المضاف في قوله ولو خرج للقاتل : أى لو خرج لعاقلة القاتل وتقدير المضاف طريقة معهودة فحينئذ ينتظم جواب المسئلة كما لا يخفى (قوله يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا) قال الشراح : قوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء .

وقوله (فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث) أى ثلاث سنين أو أقل مثل أن تخرج عطاياهم الثلاث في ست سنين يؤخذ منهم في كل سنة سدس الدية ، وإن خرجت عطاياهم الثلاث في سنة واحدة أخذ منهم الدية فيها . وقوله (لحصول المقصود) يعنى أن المقصود أن يكون المأخوذ منهم من الأعطية ، وذلك يحصل بالأخذ من عطاياهم سواء كانت في أكثر من ثلاث سنين أو في أقل منها . وقوله (وتأويله) أى تأويل كلام القدورى رحمه الله ، فإنه أطلق ذكر السنين ، وإنما يؤخذ منهم في ثلاث سنين بعد القضاء فيكون المراد ثلاث سنين في المستقبل فلا بد من التأويل . وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء . وقوله (وإذا كان جميع الدية) واضح .

(قوله وقوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء) أقول : ولعل الأظهر أن يكون إشارة إلى قوله لحصول المقصودة .

وإن كان الواجب بالعقل ثلث دية النفس أو أقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث إلى تمام الثلثين في السنة الثانية . وما زاد على ذلك إلى تمام الدية في السنة الثالثة . وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بأن قتل الأب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلاث سنين . وقال الشافعي رحمه الله : ما وجب على القاتل في ماله فهو حال ، لأن التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض . ولنا أن القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه .

أقول : أراهم خرجوا هنا عن سنن الصواب إذ الظاهر أن قوله لما ذكرنا دليل على قوله يؤخذ منها كل الدية فحينئذ لا مجال لكون قوله المزبور إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء ، إذ لا تأثير لكون الوجوب بالقضاء في أن يؤخذ كل الدية من العطايا الخارجة في سنة واحدة في مسئلتنا هذه ، بل إنما يكون قوله المزبور حينئذ إشارة إلى قوله لحصول المقصود فإنه يصلح أن يكون دليلا عليه إذ ذلك كما لا يخفى على ذي مسكة . نعم لو جعل قوله المزبور دليلا على قوله معناه في المستقبل لصح جعل ذلك إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء لكن جعله دليلا على ما وقع ذكره من المصنف استطرادا وبالتبع وهو قوله معناه في المستقبل وترك ما هو أصل المسئلة ومقصود بالذات هنا خاليا عن الدليل بالكلية مما لا تقبله الفطرة السليمة ، على أنه لو كان مراد المصنف ذلك لما أخر قوله لما ذكرنا عن جواب المسئلة بل كان عليه أن يذكره متصلا بقوله معناه في المستقبل (قوله وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بأن قتل الأب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلاث سنين) أقول : هذا التحرير مخل ، إذ الظاهر أن خبر « ما » في قوله وما وجب على العاقلة إنما هو قوله فهو في ماله ، إذ لو كان خبره في ثلاث سنين لم يكن للفاء في قوله فهو في ماله معنى ، بل لم يظهر لضمير هو في قوله فهو في ماله ارتباطا بما قبله ، وهذا كله مما لا ستره به عند من له درية بأساليب الكلام والقواعد الأدبية ، فإن كان خبر ما قوله فهو في ماله لم يصح معنى الكلام في المقام ، فإن ما وجب على العاقلة من الدية ليس من مال القاتل بلا ريب . فالحق في تحرير المقام أن يقال : وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل في ماله بأن قتل الأب ابنه عمدا فهو في ثلاث سنين (قوله ولنا أن القياس يأباه ، والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه) قال صاحب العناية في شرح قوله إن القياس يأباه : أي القياس يأبى إيجاب المال بمقابلة النفس : يعني لا يقتضيه لأن القياس من حجج الشرع وهي لا تتناقض انتهى . أقول : ليس هذا بشرح صحيح ، أما أولا فلائنه لو كان معنى قول المصنف إن القياس يأباه هو أنه لا يقتضيه لما أثبت دليلا المذكور هاهنا مدعانا ، فإن إيجاب المال بمقابلة النفس لا يكون حينئذ مخالفا للقياس ، لأن عدم اقتضاء القياس إياه ليس باقتضاء لعدمه ، والمخالفة إنما تتحقق في الثاني دون الأول ، فإذا لم يكن ذلك مخالفا للقياس لم يلزم من ورود الشرع بإيجاب المال في الخطأ مؤجلا أن لا يتعدى غيره . لأن الذي لا يتعدى مورده إنما هو ما يخالف القياس كما تقرر في علم الأصول . وأما ثانيا فلائنه إن أراد بقواه وهي : أي حجج الشرع لا تتناقض أن حججه المعمول بها لا تتناقض فسلم ، لكن القياس فيما نحن فيه ليس بمعمول به بل هو متروك بالنص الوارد بإيجاب المال فلا محذور في اقتضائه عدم إيجاب المال بمقابلة النفس ، وإن أراد به أن حجج الشرع لا تتناقض مطلقا : أي سواء كانت معمولا بها أولا فممنوع ، كيف وقد وضعوا في كتب الأصول بابا للمعارضة بين الأدلة الشرعية والتاريخ ، وبينوا أحكام ذلك على التفصيل . والعجب من الشارح المزبور أنه رفض هنا عدة من القواعد

وقوله (ولنا أن القياس يأباه) أي القياس يأبى إيجاب المال بمقابلة النفس : يعني لا يقتضيه لأن القياس من حجج الشرع وهي لا تتناقض ، والشرع ورد به : أي بإيجاب المال مؤجلا في الخطأ فلا يتعداه . فإن قيل : هذا ليس في معنى الخطأ فلا يلحق به . قلنا : هو في معناه من حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتداء ، والمساواة من جميع الوجوه غير ملزمة ، وكون التأجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها .

(قوله وكون التأجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها) أقول : يعني لا يترتب الحكم على الحكمة .

ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتبارا للجزء بالكل إذ هو بدل النفس ، وإنما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لأن الواجب الأصلي المثل والتحول إلى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداءها من وقته كما في ولد المغرور . قال (ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته) لأن نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل . قال (وتقسم عليهم في ثلاث سنين لا يزداد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة وينقص منها) قال رضي الله عنه : كذا ذكره القدوري رحمه الله في مختصره . وهذا إشارة إلى أنه يزداد على أربعة من جميع الدية ، وقد نص محمد رحمه الله على أنه لا يزداد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة إلا درهم أو درهم وثلاث دراهم وهو الأصح . قال (وإن لم يكن تنسع القبيلة لذلك ضم إليهم أقرب القبائل) معناه : نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف ويضم الأقرب

الفقهاء بلا ضرورة أصلا . ثم قال ذاك الشارح : فإن قيل هذا ليس في معنى الخطأ فلا يلحق به . قلنا : هو في معناه من حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتداء . أقول : إن قيد الابتداء في قوله وجب بالقتل ابتداء ينافي ما مر منه في أول كتاب المعاقل فإنه لما قال في الكتاب هناك وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة ، قال ذلك الشارح وغيره في شرح قوله وجبت بنفس القتل : يعني ابتداء ، وقالوا : يخرز به عن دية تجب بسبب الصلح أو الأبوة في القتل العمد ، فإنها في مال القاتل لا على العاقلة انتهى . ووجه المنافاة غير خاف على ذي مسكة . قوله ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتبارا للجزء بالكل) أقول : قد مر في كتاب الجنائيات أنه إذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم ، وقالوا في بيان وجهه : إن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال ، لأن القتل لا يتجزأ فجاء التماثل بين الواحد والجماعة من هذه الخيشية فوجب القصاص على جميعهم ، فلقاتل أن يقول هنا : فلم لا تجب على كل واحد من العشرة القاتلين واحدا خطأ دية كاملة باعتبار أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال كما في العمد بناء على أن القتل لا يتجزأ ، وقد مر في كتاب الدييات أنه قد روى أن عمر رضي الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر فليتأمل في الفرق (قوله وإنما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لأن الواجب الأصلي المثل والتحول إلى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداءه من وقته) قال الشراح في بيانه

وقوله (لأن الواجب الأصلي المثل) لأن ضمان المتلفات إنما يكون بالمثل بالنص ، ومثل النفس النفس ، إلا أنه إذا رفع إلى القاضي وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة تحوّل الحق إلى القيمة بالقضاء (فيعتبر ابتداءها من وقته) أي من وقت القضاء (كما في ولد المغرور) فإن قيمته إنما تجب بقضاء القاضي وإن كان ردّ عينه قبل القضاء متعذرا ، لكن جعل الواجب ردّ العين وتحوّل إلى القيمة بالقضاء لما تحقق العجز عن ردّ العين ، ولهذا لو هلك الولد قبل القضاء لم يضمن المغرور شيئا وهذا هو الموعود من قبل بقوله لأن الوجوب بالقضاء على ما بين . وقوله (وهذا) أي قول القدوري رحمه الله لا يزداد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة وينقص منها (إشارة إلى أنه يجوز أن يزداد على أربعة من جميع الدية) فإذا أخذ من كل واحد منهم في كل سنة ثلاثة أو أربعة دراهم كان من جميع الدية تسعة أو اثنا عشر ، وليس كذلك فإن محمدا رحمه الله نص على أنه لا يزداد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة إلا درهم أو درهم وثلاث دراهم . وقوله (وهو الأصح) احتراز عما ذهب إليه بعض مشايخنا رحمهم الله مما فهم من إشارة كلام القدوري ذكر في المبسوط وقال ذلك غلط . وقوله (ضم إليهم أقرب القبائل معناه نسبا) قالوا هذا الجواب إنما يستقيم في حق العرب ، لأن العرب حفظت أنسابهم فأمكننا

(قال المصنف : لأن الواجب الأصلي المثل والتحول إلى القيمة بالقضاء) أقول : بل الواجب الأصلي الدية ، قال الله تعالى - ودية مسلمة إلى أهله - فليس التحول إليها بالقضاء ، فإن القضاء قضاء الله تعالى لا حكم إلا حكمه (قال المصنف : ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته لأن نصرته بهم) أقول : أي بالقبيلة ، ويحتمل أن الباء للملازمة ، والمعنى : لأن نصرة القبيلة ملتبسة به (قوله مما فهم من إشارة كلام القدوري) أقول : من المنشئية في قوله ما .

فالأقرب على ترتيب العصبات : الإخوة ثم بنوهم ، ثم الأعمام ثم بنوهم . وأما الآباء والأبناء فقليل يدخلون لقرابهم ، وقيل لا يدخلون لأن الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة . وهذا المعنى إنما يتحقق عند الكثرة والآباء والأبناء لا يكثران ، وعلى هذا حكم الرايات إذا لم يتسع لذلك أهل راية ضم إليهم أقرب الرايات : يعنى أقربهم نصرة إذا حزبهم أمر الأقرب فالأقرب : ويفتقر ذلك إلى الإمام لأنه هو العالم به ، ثم هذا كله عندنا . وعند الشافعى رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيسوى بين الكل لأنه صلة فيعتبر بالزكاة وأدناها ذلك إذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار . ولكننا نقول : هي أحط رتبة منها : ألا ترى أنها لا تؤخذ من أصل المال فينتقص منها تحقيقاً لزيادة التخفيف (ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضى بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث) لأن الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه إذ كل منهما صلة من بيت المال ، ثم ينظر إن كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة ، فكما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء ، وإن كان يخرج في كل ستة أشهر ويخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وإن كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار

لأن ضمان المتلفات إنما يكون بالمثل بالنص ، ومثل النفس النفس ، إلا أنه إذا رفع إلى القاضى وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة وهو مرفوع عن الخاطئ "تحول الحق بالقضاء إلى المال انتهى . أقول : فيه نظر ، لأنهم إن أرادوا أن ضمان المتلفات مطلقاً حتى النفس المتلفة بالقتل خطأ إنما يكون بالمثل بالنص فهو ممنوع ، كيف وقد قال الله تعالى - ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله - الآية ، وهو نص صريح في كون جزاء القتل خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله لا قتل القاتل بمقابلة ذلك . نعم إن قوله تعالى - فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم - كان يقتضى بإطلاقه أن يكون الضمان في النفس المتلفة بالقتل خطأ أيضاً بالمثل لو لم يكن حكم القتل خطأ مخصوصاً منه بنص آخر وهو قوله تعالى - ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله - ولما خص به من ذلك كان جواب الدية في القتل خطأ منصوباً عليه من قبل رب العزة ثابتاً قبل القضاء بل قبل أن يخلق القاضى ، وإن أرادوا أن ضمان المتلفات ما عدا النفس إنما يكون بالمثل بالنص فهو مسلم لا محالة ، ولكن لا يجدى شيئاً فيما نحن فيه كما لا يخفى (قوله وقيل لا يدخلون لأن الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة وهذا المعنى إنما يتحقق عند الكثرة ، والآباء والأبناء لا يكثران) أقول : فيه كلام ، وهو أن عدم كثرة الآباء مسلم ، وأما عدم كثرة الأبناء فكثرة الإخوة فمنوع ، كيف وإخوته أبناء أبيه ، فإذا جاز أن يكثر أبناء أبيه فلم لا يجوز أن يكثر أبناء نفسه فتأمل (قوله وإن كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضى بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث ، لأن الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه ، إذ كل منهما صلة من بيت المال) قال تاج الشريعة : الفرق

إيجاب العقل على أقرب القبائل من حيث النسب أما في حق العجمى فلا يستقيم لأن العجم ضيعوا أنسابهم فلا يمكننا إيجاب العقل على أقرب القبائل من القبائل نسباً ، فبعد ذلك اختلف المشايخ رحمهم الله ، فقال بعضهم : يعتبر الحال والقرى الأقرب فالأقرب وقال بعضهم يجب الباقى في مال الجاني . وقوله (فيسوى بين الكل) يعنى الآباء والأبناء وغيرهم لأنه صلة لأنه يجب على العاقلة على سبيل المواساة . وقوله (ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق) قيل الفرق بين العطية والرزق أن العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل للفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة والباقي ظاهر .

(قوله قيل الفرق بين العطية والرزق أن العطية ما يفرض للمقاتلة ، والرزق ما يجعل للفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة) أقول : فيه بحث ، لأنه لا يلائم قوله وإن كان لهم أرزاق فتأمل . (قال المصنف : ثم ينظر إن كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة) أقول : في المغرب الرزق ما يخرج للجندى عن رأس كل شهر ، وقيل يوماً بيوم ، والمرتبة الذين يأخذون الرزق يوماً بيوم وإن لم يثبتوا في الديوان .

الثالث : وإن خرج بعد القضاء بيوم أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر ، وإن كانت لهم أرزاق في كل شهر وأعطية في كل سنة فرضت الدية في الأعطية دون الأرزاق لأنه أيسر ، إما لأن الأعطية أكثر ، أو لأن الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الأداء منه والأعطيات ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم . قال (وأدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدى كأحدهم) لأنه هو الفاعل فلا معنى لإخراجه ومؤاخذه غيره . وقال الشافعي : لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء بالكل في النفي عنه والجامع كونه معدورا .

بين الرزق والعطاء أن الرزق ما يفرض للإنسان في مال بيت المال بقدر الحاجة والكفاية يفرض له ما يكفيه كل شهر أو كل يوم ، والعطاء ما يفرض كل سنة لأبالحاجة انتهى . أقول : تفسير العطاء بما ذكره لا يلائم مسألة مرت فيما قبل وهي قوله ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية ، فإن المفهوم منها جواز أن يفرض لرجل عطاء في كل سنة من الثلاث فتخرج له في سنة واحدة ثلاث عطايا ، والظاهر من التفسير المزبور أن يكون العطاء ما يفرض كل سنة مرة واحدة . نعم يلائم قول المصنف قبيل تلك المسئلة : والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة ، فالذي يمكن في التوفيق أن يحمل قول المصنف والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة ، وكذا التفسير الذي ذكره تاج الشريعة للعطاء على ما هو الأكثر الأغلب وقوعا ، ومثل هذا ليس بعزيز في المتعارف . وقال صاحب الغاية : الفرق بين الرزق والعطية أن الرزق ما يفرض لكفاية الوقت ، والعطية ما يفرض ليكونوا قائمين بالنصرة . ثم قال : قال صاحب المغرب : العطية ما يفرض للمقاتلة ، والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة . وفيه نظر ، لأن محمدا قال : إذا كان لهم أرزاق وأعطيات فرضت الدية في أعطياتهم دون أرزاقهم ، فعلم بذلك أن الرزق يفرض للمقاتلة أيضا انتهى . أقول : إن صاحب المغرب قد ذكر الفرق بين الرزق والعطاء في الموضعين من المغرب : أحدهما موضع بيان الرزق ، والثاني موضع بيان العطاء . فقال في الأول : الرزق ما يخرج للجندى عند رأس كل شهر ، وقيل يوما بيوم . ثم قال : وفي مختصر الكرخي : العطاء ما يفرض للمقاتلة ، والرزق للفقراء . وقال في الثاني : العطاء اسم ما يعطى وإلجمع أعطية وأعطيات : وقوله لا يجوز بيع العطاء والرزق ففرق ما بينهما أن العطاء ما يخرج للجندى من بيت المال في السنة مرة أو مرتين ، والرزق ما يخرج له كل شهر . ثم قال : وفي شرح القدوري في العاقلة . الدية في أعطياتهم ثلاث سنين ، فإن لم يكونوا أهل عطاء وكانت لهم أرزاق جعلت الدية في أرزاقهم . وقال : الفرق بينهما أن العطية ما يفرض للمقاتلة ، والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة انتهى . فنظر صاحب الغاية لإيراد على ما ذكره في الموضع الأول قط ، وكذا لا يرد على ما ذكره في الموضع الثاني أولا بقوله ففرق ما بينهما أن العطاء ما يخرج للجندى من بيت المال في السنة مرة أو مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر ، وإنما يرد على ما نقله من شرح القدوري بقوله وقال : الفرق بينهما أن العطية ما يفرض للمقاتلة ، والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة ، وهو ليس بمرضى عند صاحب المغرب ، فنسبة ذلك القول إلى صاحب المغرب نفسه وإيراد النظر عليه ليس كما ينبغي . وانعجب هاهنا من صاحب العناية أنه خص بالذكر من بين ما ذكروا في الفرق بين العطية والرزق ذلك القول الذي رده صاحب الغاية ولم يتعرض لما فيه من المحذور ولم يذكر شيئا يدفعه مع ظهور أن المسئلة الآتية في الكتاب بقوله وإن كانت لهم أرزاق في كل شهر وأعطية في كل سنة فرضت الدية في الأعطية دون الأرزاق يأتي ذلك القول جدا (قوله وأدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدى كأحدهم) قال صاحب النهاية : اعلم أن القاتل إنما يكون كأحد العاقل في أداء نصيبه من الدية إذا كان القاتل من أهل العطاء في الديوان . وأما إذا لم يكن هو من أهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا أيضا لأن الدية تؤخذ من الأعطيات وقال وهو هكذا منصوص في المبسوط واقتنى أثره في تقييد هذه المسئلة بالوجه المزبور أكثر الشراح منهم صاحب العناية . أقول : هذا مشكل عندي . إذ قد مر في الكتاب أن من لم يكن من أهل

وقوله (وأدخل القاتل مع العاقلة) يعني إذا كان القاتل من أهل الديوان : أما إذا لم يكن فلا شيء عليه من الدية عندنا أيضا

قلنا : إيجاب الكل لإجحاف به ولا كذلك لإيجاب الجزء ، ولو كان الخاطئ معذورا فالبريء منه أولى ، قال الله تعالى - ولا تزر وازرة وزر أخرى - (وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل) لقول عمر رضى الله عنه : لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ، ولأن العقل إنما يجب على أهل النصره لتركهم مراقبته ، والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصره وهو الجزية : وعلى هذا لو كان القاتل صبيا أو امرأة لاشيء عليهما من الدية بخلاف الرجل : لأن وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العواقل لأنه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما ، والفرض لهما من العطاء للمعونة بالنصره كفرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام ورضى الله عنهن (ولا يعقل أهل مصر عن مصر آخر) يريد به أنه إذا كان

الديوان فعاقلته قبيلته لأن نصرته بهم وهى المعتبرة في التعاقل ولا شك أن قبيلة من لا يكون من أهل العطاء في الديوان قد لا تكون هى أيضا من أهل العطاء في الديوان وقد مر أيضا أنهم قالوا : لو كان اليوم قوم تنصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة وإن كان بالحلف فأهله وعلى مقتضى ما ذكر في النهاية من قوله لأن الدية تؤخذ من الأعطيات في تعليل قوله وأما إذا لم يكن من أهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا أيضا يلزم أن لا تجب الدية على العاقلة أيضا فيما إذا لم يكن القاتل ولا عاقلته من أهل العطاء لعدم إمكان الأخذ من الأعطيات هناك لافى حق القاتل ولا فى حق عاقلته واللازم باطل لا محالة فإن وجوب الدية على العاقلة في القتل الخطأ وشبه العمد مجمع عليه فإذا وجب عليهم الدية البتة ينبغي أن يجب على القاتل أيضا شيء منها وإن لم يكن من أهل العطاء لالة التي ذكرت في الكتاب وهى أن القاتل هو الفاعل فلامعنى لإخراجه ومواخذة غيره فتدبر (قوله وعلى هذا لو كان القاتل صبيا أو امرأة لاشيء عليهما)

كما لا تجب عند الشافعى رحمه الله . قال (وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل) كلامه واضح . وقوله (وعلى هذا لو كان القاتل صبيا أو امرأة لاشيء عليهما من الدية) قيل إنه يناقض قوله في المسئلة التي ذكرها قبل المعامل فيما إذا وجد القاتل في دار امرأة حيث أدخلها المتأخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة وليس بصحيح ، لأن فرض المسئلة فيما إذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تقدر قاتلة بسبب وجوب القسامة . لا يقال : إذا لم يجب على المرأة شيء من الدية وهى قاتلة حقيقة فلأن لا يجب عليها شيء منها وهى قاتلة تقديرأ أولى . لأننا نقول : القسامة تستلزم وجوب الدية على القسم ، إما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق الملزوم فيتحقق اللازم بخلاف القتل مباشرة فإنه قد لا يستلزم الدية : فإن قلت : هذا الجواب يبنى على إيجاب القسامة عليها وفى ذلك تناقض لأنه قال قبل هذا : ولا قسامة على صبي ، إلى أن قال : ولا امرأة وعبد . وقال هاهنا : ولو وجد قتيل في قرية لامرأة ، فعند أى حنيفة ومحمد رحمهما الله القسامة عليها تكرر الأيمان وذلك تناقض البتة . فالجواب أن ذلك المذكور فى سياق قوله وإن لم تكمل أهل المحلة خمسين كررت الأيمان ، ومعناه لا يكل أهل المحلة خمسين من الصبي والمرأة والعبد لأنهم ليسوا من أهل النصره واليمين على أهلها ، وأما هاهنا فالقتل وجد فى قريبها فيجب عليها نفيا لثمة القتل فلأنها تتحقق منها ، ويتبين من هذا أن القسامة إذا وجبت على جماعة تعلل بالنصره ، فمن كان أهلا لها يدخل ومن لا فلا ، فلا يدخل الصبي والعبد والمرأة ، وإذا وجبت على واحد تعلل بثمة القتل . فمن كان من أهلها وجبت عليه ومن لا فلا فتدخل المرأة ، والله أعلم . قوله (والفرض لهما من العطاء) جواب عما يقال فرض الإمام لنساء الغزاة وذرائعهم من

(قال المصنف : قال الله تعالى - ولا تزر وازرة وزر أخرى) أقول : قال القاضى فى تفسيره : أى ولا تحمل نفس آثمة لثم نفس أخرى . وقال القاضى فى تفسير سورة الأنعام جواب عن قولهم - اتبعوا سبيلنا ولنحمل خطاياكم - انتهى . فعلى هذا لا يتجه التسك بها فى هذا المقام لإثبات الملازمة . وأما المصنف لم يعمل على هذا المعنى بل قال : أى لا تحمل نفس حاملة حمل نفس أخرى فاستدل بها فيلزم النسخ أو التخصيص (قوله وهى قاتلة حقيقة) أقول : الواو حالية (قوله أو بالدخول فى العاقلة عندنا بالاستقراء) أقول : فيه بحث ؛ ألا يرى أنه لا يجب على تلك المرأة دية على رواية الأصل ، بل أدخلها المتأخرون فى تحملها مع العاقلة (قال المصنف : والفرض لهما من العطاء للمعونة بالنصره كفرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام) أقول : قال الإيتاقى : بيانه أن بنيهما تصلح لمعونة الجند بالطبخ والخياطة وحفظ المنزل

لأهل كل مصر ديوان على حدة لأن التناصر بالديوان عند وجوده ، ولو كان باعتبار القرب في السكنى فأهل مصره أقرب إليه من أهل مصر آخر (ويعقل أهل كل مصر من أهل سوادهم) لأنهم أتباع لأهل مصر . فمنهم إذا حزبهم أمر استنصروا بهم فيعقلهم أهل مصر باعتبار معنى القرب في النصرة (ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة) لأنه يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه . والحاصل أن الاستنصار بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه ، وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعامل (ومن جنى جناية من أهل مصر وليس له في الديوان عطاء وأهل البادية أقرب إليه ومسكنه مصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك مصر) ولم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة ، قيل هو صحيح لأن الذين يذبون عن أهل مصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم أهل الديوان من أهل مصر ولا يخصون به أهل العطاء . وقيل تأويله إذا كان قريبا لهم . وفي الكتاب إشارة إليه حيث قال : وأهل البادية أقرب إليه من أهل مصر . وهذا لأن الوجوب عليهم بحكم القرابة وأهل مصر أقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مشكلة الغيبة المنقطعة (ولو كان البدوي نازلا في مصر لا مسكن له فيه لا يعقله أهل مصر) لأن أهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه ، كما أن أهل البادية لا تعقل عن أهل مصر النازل فيهم لأنه لا يستنصر بهم (وإن كان لأهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون

قال صاحب النهاية : إن قوله هنا لا يجب على المرأة شيء من الدية وإن كانت هي القاتلة يخالف المسئلة التي ذكرها قبيل كتاب المعامل فيما إذا وجد القتيل في دار امرأة حيث أدخلها المتأخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة انتهى . وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بقيل : وليس بصحيح لأن فرض المسئلة فيما إذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تقدر قاتلة بسبب وجوب القسامة . لا يقال : إذا لم يجب على المرأة شيء من الدية وهي قاتلة حقيقة فلأن لا يجب عليها شيء منها وهي قاتلة تقديرا أولى . لأننا نقول : القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم إما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء . وقد تحقق المزوم فيتحقق اللزوم ، بخلاف القتل مباشرة فإنه قد لا يستلزم الدية انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن استلزام القسامة وجوب الدية على المقسم عندنا إما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة بالاستقراء ممنوع ، فإنه إذا وجد القتيل في قرية امرأة فعند أبي حنيفة ومحمد يجب عليها القسامة ولا يجب عليها شيء من الدية على ما هو المنصوص عليه من محمد كما ذكر في غاية البيان والكفاية وغيرهما ، والمتأخرون وإن قالوا : إن المرأة تدخل مع العاقلة في تحمل الدية في تلك المسئلة إلا أن تعليلهم إياها بقولهم 'لأننا أنزلناها قاتلة والقاتلة تشارك العاقلة كما مر في الكتاب قبيل كتاب المعامل بأي الفرق بين القاتلة حقيقة والمقدرة قاتلة ، بل يقتضي قياس المنزلة قاتلة على القاتلة حقيقة وإلا لا يتم تعليلهم المذكور لأعلى قاعدة الفقه ولا على قاعدة الميزان كما يظهر بالتأمل الصادق ، فالحق في التوفيق بين المسئلتين المذكورتين في المقامين ما ذكره سائر الشراح فإنه قال في الكفاية : هذا يخالف ما ذكر قبيل المعامل من

العطاء ، والعطاء إنما يدفع بنصرة أهل الإسلام كما في حق الغزاة ، ثم الغزاة عواقل لغيرهم فكذا النساء . ووجهه ما قاله أن الدفع إليهن باعتبار المعونة : أي معونه الإمام لهما لا باعتبار نصرتهما غيرهما . وقوله (وأهل البادية أقرب إليه) يعني نسبا . وقوله (قيل هو صحيح) الضمير راجع إلى قوله لم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة . وقوله (من أهل مصر) بيان لقوله أهل الديوان : أي أهل الديوان الذين هم من أهل مصر . وقوله (وصار نظير مشكلة الغيبة المنقطعة) يعني أن للولى الأبعد أن

ونحو ذلك ، ولا تصلح النصرة لضعفهما ، فكان الفرض للمعونة لا النصرة ، ويجوز أن يقال : الفرض لهما من الإمام على سبيل العون لهما كفر فرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام لا لوجود النصرة منهما لغيرهما ، فلم يدل فرض العطاء للنصرة انتهى . والتشبيه في قول المصنف كفر فرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام على الاحتمال الأول في كون الفرض لا للنصرة لا في كونه للمعونة كما لا يخفى .

بها فقتل أحدهم قتيلا فدينه على عاقلته بمنزلة المسلم) لأنهم التزموا أحكام الإسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الإضرار . ومعنى التناصر موجود في حقهم (وإن لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه) كما في حق المسلم لما بينا أن الوجوب على القتال وإنما يتحوّل عنه إلى العاقلة أن لو وجدت . فإذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة تاجر مسلمين في دار الحرب قتل أحدهما صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله لأن أهل دار الإسلام لا يعقلون عنه . وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم (ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر) لعدم التناصر

اختيار المتأخرين أن المرأة تدخل في التحمل مع العاقلة ، إلا أن ذلك ليس بأصل الرواية وإنما هو اختيار بعض المتأخرين . وما ذكر هنا هو اختيار الطحاوي وهو الأصح وهو أصل رواية محمد انتهى . وقال في معراج الدراية : هذه المسئلة مخالفة لما مرّ قبيل كتاب المعاقل أنه لو وجد قتيل في دار امرأة أن المرأة تشارك العاقلة عند المتأخرين . إلا أنه يمكن أن يكون هذا على رواية المتقدمين أن المرأة لا تدخل في العواقل في صورة من الصور انتهى . وقال في غاية البيان : فإن قلت : قد مرّ قبيل كتاب المعاقل أن القتل إذا وجد في قرية امرأة تجب القسامة عليها والدية على عاقلتها عند أبي حنيفة ومحمد . وذهب المشايخ المتأخرون إلى أنها تشارك العاقلة في الدية فكيف لم تشاركهم هنا . قلت : ثمة أيضا لا تشاركهم في الدية على ما هو المنصوص من محمد . وإنما استحسنت المتأخرون في تلك المسئلة خاصة انتهى . ثم قال صاحب العناية : فإن قلت : هذا الجواب يبتنى على إيجاب القسامة عليها وفي ذلك تناقض ، لأنه قال قبل هذا ولا قسامة على صبي إلى أن قال ولا امرأة ولا عبد . وقال هاهنا : لو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد القسامة عليها تكرر الأيمان وذلك تناقض البتة . فالجواب أن ذلك مذكور في سياق قوله وإن لم يكمل أهل المحلة خمسين كررت الأيمان ، فعناه لا يكمل أهل المحلة خمسين من الصبي والمرأة والعبد لأنهم ليسوا من أهل النصرة واليمين على أهلها ، وأما هنا فالقتيل وجد في قريتها فتجب عليها نفيا لثمة القتل فلأنها تتحقق منها . وتبين من هذا أن القسامة إذا وجبت على الجماعة تعلل بالنصرة ، فمن كان أهلا لها يدخل ومن لا فلا ، فلا يدخل الصبي والعبد والمرأة . وإذا وجبت على واحد تعلل بثمة القتل ، فمن كان من أهلها وجبت عليه ومن لا فلا فتدخل المرأة . إلى هنا كلامه . أقول : فيه أيضا نظر . أما أولا فلأن كون ذلك مذكورا في سياق قوله وإن لم يكمل أهل المحلة خمسين كررت الأيمان ممنوع . بل ذلك مسئلة مبتدأة مقصودة بالبيان على الاستقلال ، إذ لو كان معناه لا يكمل أهل المحلة خمسين من الصبي والمجنون والمرأة والعبد لانفي صلاحيتهم للقسامة مطلقا : أي سواء كانوا منضمين إلى الغير لتكميل الخمسين أو كانوا منفردين وحدهم لزم أن يكون بيان حال الصبي والمجنون والعبد في أمر القسامة عند كونهم منفردين غير منضمين إلى الغير متروكا بالكلية في هذا الكتاب وكثير من الكتب المعتمدة ، إذ الفرض أن عدم الصلاحية للقسامة حال الانضمام إلى الغير لتكميل الخمسين لا يستلزم عدم الصلاحية لها حال الانفراد إذ هو حاصل الجواب الذي ذكره لدفع التناقض بين المقامين في حق المرأة كما ترى . وأما ثانيا فلأن ما ذكره من أن القسامة إذا وجبت على الجماعة تعلل بالنصرة ، وإذا وجبت على الواحد تعلل بثمة القتل من عندياته لا يساعده العقل ولا النقل ، أما عدم مساعدة العقل فلأن كل واحد من ترك النصرة واحتمال القتل متحقق في كل واحدة من صورتي وجوب القسامة على الجماعة ووجوبها على الواحد ، فتعليل إحداها بالأول والأخرى بالتالي دون العكس أو الجمع تحكم بحت . وأما عدم مساعدة النقل فلأنهم كانوا يعللون وجوب القسامة والدية مطلقا بكل واحدة من العلتين المذكورتين كما لا يخفى على من راجع المعبرات وقد مرّت

يزوّج إذا كان الأقرب غائبا . وقوله (لا سيما في المعاني العاصمة) كحذف القذف والسرقه والقصاص وجوب الدية . وقوله (فالدية في ماله في ثلاث سنين) أي لأعلى بيت المال ، لأن النصرة الموجبة للعقل غير موجودة بين الذمي والمسلمين لانقطاع الولاية بيننا ، بخلاف المسلم فإن دينه على بيت المال إذا لم يوجد له عاقلة على ظاهر الرواية وسيجى . وقوله (وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم) أي ليس بسبب نصرة أهل الإسلام إياه . وقوله (لعدم التناصر) لأن التعاقل يبتنى على الموالاتة وذلك

والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم لأن الكفر كله ملة واحدة. قالوا: هذا إذا لم تكن المعادة فيما بينهم ظاهرة. أما إذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي أن لا يتعاقلون بعضهم عن بعض. وهذا عن أبي يوسف لا تقطع التناصر. ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه إلى البصرة ثم رفع إلى القاضي فإنه يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة. وقال زفر: يقضى على عاقلته من أهل الكوفة وهو رواية عن أبي يوسف. لأن الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته أهل الكوفة. وصار كما إذا حول بعد القضاء. ولنا أن المال إنما يجب عند القضاء لما ذكرنا أن الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل إلى المال، وكذا الوجوب على القاتل وتحمل عنه عاقلته: وإذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء، بخلاف ما بعد القضاء لأن الواجب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك، لكن حصّة القاتل تؤخذ من عطاءه بالبصرة لأنها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة.

الإشارة إلى ذلك في مواضع من نفس الكتاب فتذكر (قوله والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم لأن الكفر كله ملة واحدة) قال بعض الفضلاء: هذا مخالف لما سبق في أول باب جنابة المملوك أن أهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم. وجوابه أن ذلك مبنى على الغالب انتهى. أقول: بآتي هذا الجواب قول المصنف هناك فلا عاقلة بعد قوله إنهم لا يتعاقلون فيما بينهم لأن النكرة المنفية تفيد العموم على ما عرف. فالأولى في الجواب أن يقال: المراد هناك نبي الوقوع: أي لم يقع التعاقل فيما بينهم، والمراد هنا بيان الجواز: أي وقع التعاقل فيما بينهم جاز ولا يضر اختلاف مللهم تبصر (قوله ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه إلى البصرة ثم رفع إلى القاضي فإنه يقضى على عاقلته من أهل البصرة) أقول: لقاتل أن يقول: قد مرّ في أوائل كتاب المعامل أن العاقلة إنما خصوا بالضم إلى القاتل في أداء الدية، لأن القاتل إنما قصر لقوة فيه، وتلك القوة بأنصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به، ولا ريب أن مقتضى ذلك أن يكون القضاء بالدية في هذه المسئلة على عاقلة القاتل من أهل الكوفة كما ذهب إليه زفر لأن الجناية إنما صدرت عنه حال كون عاقلته أهل الكوفة فالقوة فيه وقت صدورها عنه إنما كانت بأنصاره الذين هم أهل الكوفة، والتقصير في مراقبته وقتئذ إنما وقع منهم، إذ لا شك أن عهدة المراقبة في ذلك الوقت كانت عليهم لأعلى أهل البصرة فكان ينبغي أن يقضى بالدية عليهم لأعلى أهل البصرة. ويمكن الجواب بأن ما ذكره هناك حكمة أن خصت العاقلة بالضم إلى القاتل في تحمل الدية لاعتله، وقد تقرر عندهم أن الحكمة تراعى في الجنس لا في كل فرد، كما في الاستبراء في البكر فلا يقدح عدم تمشية ما ذكر هناك في مسئلتنا هذه، فإن ملاك الأمر في تمام جواب المسئلة هو الدليل، وقد ذكره المصنف بقوله ولنا أن المال إنما يجب عند القضاء الخ، ولا محالة أنه يقتضى أن يقضى بالدية على أهل البصرة لأعلى أهل الكوفة، لأن وجوب الدية لما كان عند القضاء لا قبله وكان ديوان القاتل متحولاً إلى البصرة قبل القضاء لم يبق مجال أن يقضى بالدية على أهل البصرة فإنهم لم يكونوا عاقلة القاتل وقت القضاء، ولم تجب عليهم الدية حال كونهم عاقلته لعدم سبق وجوبها القضاء، فلا بد أن يقضى بها على من هو عاقلته وقت الوجوب تحقيقاً للتخفيف عن

ينعدم عند اختلاف الملة: قال الله تعالى - والذين كفروا بعضهم أولياء بعض - وقوله (والكفار يتعاقلون فيما بينهم) ظاهراً لا ألفاظاً نذكرها. وقوله (وعاقلته أهل الكوفة) الواو للحال. وقوله (لكن حصّة القاتل تؤخذ من عطاءه بالبصرة) يغني

(قال المصنف: والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم) أقول: مخالف لما سبق في أول باب جنابة المملوك أن أهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم. وجوابه أن ذلك مبنى على الغالب (قال المصنف: فإذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء) أقول: فيه أن تحمل العاقلة لتقصيرهم في تركهم مراقبته على ما مر غير مرة، وهذا التقصير إنما وقع من أهل الكوفة، فينبغي أن تجب عليهم

بخلاف ما إذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب ، لأن في النقل إبطال حكم الأول فلا يجوز بحال ، وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الأول لإبطاله ، وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضى بالدية على أهل البصرة ، ولو كان قضى بها على أهل الكوفة لم ينتقل عنهم ، وكذا البدوي إذا ألحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على أهل الديوان ، وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم ، وهذا بخلاف ما إذا كان قوم من أهل البادية قضى بالدية عليهم في أموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الإمام في العطاء حيث تصير الدية في أعطياتهم وإن كان قضى بها أول مرة في أموالهم لأنه ليس فيه نقض القضاء الأول لأنه قضى بها في أموالهم وأعطياتهم أموالهم . غير أن الدية تقضى من أيسر الأموال أداء ، والأداء من العطاء أيسر إذا صاروا من أهل العطاء إلا إذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بأن كان القضاء بالإبل والعطاء دراهم فحينئذ لا تتحول إلى الدراهم أبدا لما فيه من إبطال القضاء الأول ، لكن يقضى ذلك من مال العطاء لأنه أيسر . قال (وعاقلة المعتق قبيلة مولاه) لأن النصرة بهم يؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « مولى القوم منهم » . قال (ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته) لأنه ولاء يتناصر به فأشبهه ولاء العتاقة ، وفيه خلاف الشافعي وقد مر في كتاب الولاء . قال (ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتتحمل

القاتل المعذور كما تقرر فيما مر) قوله بخلاف ما إذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب (الخ) قال جماعة من الشراح منهم صاحب العناية في شرح هذا المقام : قوله بخلاف ما إذا قلت العاقلة متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لا يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة إذا كان القاضي قضى بديته على عاقلته من أهل الكوفة ، بخلاف ما إذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب وإن كان بعد القضاء مع أن فيه أيضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء إلى أقرب القبائل . وقد ذكر الفرق بينهما بقوله لأن في النقل إبطال حكم الأول فلا يجوز بحال ، وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير حكم الأول لا إبطاله انتهى . أقول : مقدمتهم القائلة مع أن فيه أيضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء إلى أقرب القبائل مع كونها مستلزمة في بيان معنى المقام غير صحيحة في نفسها ، إذ ليس فيما إذا قلت العاقلة بعد القضاء نقل الدية من أحد إلى أحد قط : بل إنما فيه تكثير المتحملين لما قضى به عليهم ، ولا شك أن التكثير يغير النقل بل ينافيه . وعن هذا قال المصنف في الفرق بين الصورتين : إن في النقل إبطال حكم الأول ، وفي الضم تقرير حكم الأول لا إبطاله ، ولو كانت المقدمة الكاذبة معتبرة في معنى المقام لقال المصنف في الفرق بين الصورتين المذكورتين إن أمر النقل في صورة القلة كذا وفي صورة التحول بعد القضاء كذا تأمل توقف (قوله قال ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتتحمل

وإن كان بعد القضاء . وقوله (بخلاف ما إذا قلت العاقلة) متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لا يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة إذا كان القاضي قضى بديته على عاقلته من أهل الكوفة ، بخلاف ما إذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب وإن كان بعد القضاء مع أن فيه أيضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء إلى أقرب القبائل ، وقد ذكر الفرق بينهما بقوله لأن في النقل إبطال حكم الأول فلا يجوز بحال ، وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الأول لإبطاله . وقوله (لكن يقضى ذلك) أي الإبل من مال العطاء بأن يشترى الإبل من مال العطاء . قال (وعاقلة المعتق قبيلة مولاه) كلامه واضح . وقوله (ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية) لأن القصاص لا يجب في عمده

(قال المصنف : ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته) أقول : لا بد على قول من يقول لا يدخل الآباء والأبناء في العاقلة لأنهم لا يكترون من الفرق بين المولى وبينهم ، ولعل التزامه لأداء الدية في المقد هو الفارق ، ولأجل ذلك لم يعقل في المعتق مولاه وقبيلته ، إذ لا التزام

نصف العشر فصاعداً) والأصل فيه حديث ابن عباس رضى الله عنهما موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام «لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا مادون أرش الموضحة» وأرش الموضحة نصف عشر بدل النفس، ولأن التحمل للتحرز عن الإجحاف ولا إجحاف في القليل وإنما هو في الكثير، والتقدير الفاصل عرف بالسمع. قال (وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني) والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب إليه الشافعي، أو التسوية في أن لا يجب على العاقلة شيء، إلا أنا تركناه بما روينا، وبما روى أنه عليه الصلاة والسلام أوجب أرش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على مامر في الديار، فما دونه يسلك به مسلك الأموال لأنه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني أخذاً بالقياس.

نصف عشر الدية فصاعداً) قال في النهاية: والدليل على أنها لا تتحمل ما دون نصف العشر أن القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر أرشه فصار كضمان الأموال، كذا في شرح الأقطع انتهى. واقتنى أثره صاحب العناية. أقول: يرد عليه أن لكل من فصل من أصبع فيها ثلاثة مفاصل ثلث عشر الدية كما مر في كتاب الديار حيث قال: وفي كل أصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية. ثم قال: وفي كل أصبع فيها ثلاثة مفاصل، ففي أحدها ثلث دية الأصبع فكان لكل مفصل من أصبع فيها ثلاثة مفاصل أرش مقدّر هو أقل من نصف عشر الدية، ويجب القصاص في عمده لاحالة لإمكان رعاية المماثلة التي هي مبنى القصاص كما تقرر في باب القصاص فيما دون النفس من كتاب الجنائيات، فانقض به كل واحد من قوله إن القصاص لا يجب في عمده ومن قوله ولا يتقدر أرشه كما ترى. نعم قد تدارك صاحب الغاية إصلاح المقدمة الثانية: أعنى قوله ولا يتقدر أرشه حيث قال: وبدل عليه من جهة النظر أن مادون الموضحة ليس له أرش مقدّر في نفسه فأشبه ضمان الأموال. ثم قال: فإن قيل: أرش الأعملة مقدّر وهو ثلث دية الأصبع فينبغي أن تتحملة العاقلة. قيل له ليس أرشها مقدراً بنفسها بل هو مقدّر بغيرها وهو الأصبع، ونحن إنما شبهنا مادون الموضحة بالأموال من حيث أنه لم يكن له أرش مقدّر بنفسه انتهى. لكن بقيت المقدمة الأولى وهي قوله إن القصاص لا يجب في عمده مجروحة تدبر (قوله والأصل فيه حديث ابن عباس رضى الله عنهما موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا مادون أرش الموضحة»)

ولا يتقدر أرشه فصار كضمان الأموال. قيل هذا إذا كانت الجناية فيما دون النفس، فأما بدل النفس فتتحمله العاقلة وإن كان أقل من نصف العشر، ألا ترى أن القبيلة إذا كانت مائة كانت الدية على عاقلهم، وإن كان نصيب كل واحد منهم مائة درهم لأنها بدل النفس، وكذلك من قتل عبداً قيمته مائة وخمسون درهماً فإنه تتحملة العاقلة، لأن تحمل بدل النفس ثابت بالنص والتحمل فيما دون النفس ثابت بعله النص فلا يعتبر للتحمل فيما دون النفس مقدار لم يوجد في التحمل لا النص ولا علته فيجب في ماله. وقوله (ولا عبداً) قال أبو عبيد: اختلفوا في تأويل قوله صلى الله عليه وسلم «لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً» فقال لي محمد بن الحسن رحمه الله: إنما معناه أن يقتل العبد حراً فليس على عاقلة مولاة شيء من جنابة عبده، إنما جنابته في رقبته أن يدفعه إلى الجحيم عليه أو يفديه. ثم قال: وهذا قول أبي حنيفة. وقال ابن أبي ليلى: إنما معناه أن يكون العبد مجنباً عليه يقتله حرّ أو يجرّحه يقول: فليس على عاقلة الجاني شيء إنما ثمنه في ماله خاصة. قال أبو عبيد: فذاكرت الأصمعي في ذلك فإذا هو يرى القول فيه قول ابن أبي ليلى لجريه على كلام العرب، ولا يرى قول أبي حنيفة جائزاً، يذهب إلى أنه لو كان المعنى على ما قال لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل عبداً، ومعنى قول الأصمعي إن في كلام العرب يقال عقلت

بالعقد فيه تأمل (قوله وقوله ولا عبداً، قال أبو عبيد: اختلفوا في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام «لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً» فقال لي محمد بن الحسن: إنما معناه أن يقتل العبد حراً الخ) أقول: قال الإتياني: واحتج محمد في ذلك بشيء رواه عن ابن عباس.

قال (ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا مالزم بالصلح أو باعتراف الجاني) لما رويناه ، ولأنه لا تناصر بالعبد والإقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم . قال (إلا أن يصدقوه) لأنه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على أنفسهم (ومن أقرّ بقتل خطأ ولم يرفعوا إلى القاضي إلا بعد سنين قضى عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى) لأن التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبيينة في الثابت بالإقرار أولى (ولو تصادق القاتل ووليّ الجناية على أن قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبيينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة) لأن تصادقهما ليس بحجة عليهم (ولم يكن عليه شيء في ماله) لأن الدية بتصادقهما تقررت

قال أبو عبيد : اختلفوا في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام « لا تعقل العاقل عمدا ولا عبدا » فقال محمد بن الحسن : إنما معناه أن يقتل العبد حرّا فليس على عاقلة مولاه شيء من جناية عبده ، إنما جنانيته في رقبة أن يدفعه إلى المجنى عليه أو يفديه . ثم قال : وهذا قول أبي حنيفة . وقال ابن أبي ليلى : إنما معناه أن يكون العبد مجنيا عليه يقتله حرّ أو يجرحه فليس على عاقلة الجاني شيء إنما ثمنه في ماله خاصة . قال أبو عبيد : فإذا كرت الأصمعي في ذلك فإذا هو يرى القول فيه قول ابن أبي ليلى على كلام العرب ، ولا يرى قول أبي حنيفة جائزا ، يذهب إلى أنه لو كان المعنى على ما قال لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل عبدا . ومعنى قول الأصمعي إن في كلام العرب يقال عقلت القتيل إذا أعطيت دية وعقلت عن فلان إذا لزمته دية فأعطيها عنه . قال الأصمعي : كلمت أبا يوسف القاضي في ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته . وأجيب بأن عقلته يستعمل في معنى عقلت عنه ، وسياق الحديث وهو قوله « لا تعقل العاقلة عمدا » وسياقه وهو قوله صلى الله عليه وسلم « ولا صلحا ولا اعترافا » يدلان على ذلك لأن معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف ، كذا في العناية . أقول : الجواب محل الكلام ، إذ للخصم أن يمنع كون معناه ما ذكره ويقول : بل معناه لا تعقل العاقلة من قتل عبدا بصيغة المجهول ، ومن صولح عن دمه ومن اعترف بقتله على صيغة المجهول أيضا فيقول المعنى في الكل إلى معنى عقلت القتيل لا إلى معنى عقلت عن فلان فلا يتم الجواب إلزاما (قوله لأن التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبيينة في الثابت بالإقرار أولى) قال صاحب العناية : يريد أن الثابت بالبيينة أقوى منه بالإقرار ، لأن الثابت بها كالثابت معاينة ، وفي القتل معاينة الدية إنما تجب بقضاء القاضي فهذا أولى انتهى . وردّ عليه بعض الفضلاء حيث قال : ليس كلام المصنف في الدية بل في التأجيل كما لا يخفى ، وقال : ولعل الأولى أن يقال : إذا ثبت القتل الخطأ بالبيينة يلزم الدية على العاقلة ومع هذا يؤجل إلى ثلاث سنين تحقيقا للتخفيف ، ففي الثابت بالإقرار أولى يؤجل

القتيل إذا أعطيت دية ، وعقلت عن فلان إذا لزمته دية فأعطيها عنه . قال الأصمعي : كلمت أبا يوسف القاضي في ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته . وأجيب بأن عقائه يستعمل في معنى عقلت عنه ، وسياق الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم « لا تعقل العاقلة عمدا » وسياقه وهو قوله « ولا صلحا ولا اعترافا » يدلان على ذلك ، لأن معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف ، وعلى هذا فقول بعد هذا (ولا تعقل العاقلة جناية العبد) إضافة المصدر إلى فاعله . وأما إذا جنى الحرّ على العبد فقتله خطأ كانت على العاقلة . وقوله (والإقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم) إلا أن في الإقرار تجب الدية في ثلاث سنين ، وفي الصلح عن العمد يجب المال حالا إلا إذا شرط الأجل في الصلح فيكون مؤجلا . وقوله (ففي الثابت بالإقرار أولى) يريد أن الثابت بالبيينة أولى منه بالإقرار ، لأن الثابت بها كالثابت معاينة . وفي القتل معاينة الدية إنما تجب

قال محمد : حدثني عبد الرحمن بن أبي زياد عن أبيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود ، عن ابن عباس قال : « لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما جنى المملوك » قال محمد : أفلا ترى أنه قد جعل الجناية جناية المملوك (قوله وأجيب بأن عقلته يستعمل الخ) أقول : فيه بحث ، إذ يجوز أن يكون المعنى : لا تعقل للعاقلة من قتل عبدا ، ولا من صولح عن دمه ، ولا من اعترف بقتله فإن الخصم يذهب إلى أن المعنى ذلك (قوله وفي القتل معاينة الدية) أقول : ليس كلام المصنف في الدية بل في التأجيل كما لا يخفى ، ولعل الأولى أن يقال : إذا ثبت القتل الخطأ بالبيينة تلزم الدية العاقلة ، ومع هذا يؤجل إلى ثلاث سنين تحقيقا للتخفيف ، ففي الثابت بالإقرار أولى أن يؤجل

على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما ، بخلاف الأول (إلا أن يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته) لأنه في حق حصته مقرّ على نفسه وفي حق العاقلة مقرّ عليهم . قال (وإذا جنى الحرّ على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته قيمته) لأنه بدل النفس على ماعرف من أصلنا . وفي أحد قولي الشافعي تجب في ماله لأنه بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت ، وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لأنه يسلك به مسلك الأموال عندنا على ماعرف ،

للتخفيف لأن الوجوب حينئذ على المقر وحده دون العاقلة فلي تأمل انتهى . أقول : ليس ما قاله بسديد ، إذ ليس كلام المصنف هنا أصالة في الدية ولا في التأجيل نفسه ، لأن وجوب الدية بطريق التأجيل في القتل الخطأ ، إذ قد علم في كتاب الجنائيات وفي كتاب الديات وفيما مرّ غير مرة في كتاب المعاقلة ، وإنما الكلام هاهنا أصالة في كون التأجيل من وقت القضاء دون وقت الإقرار ، ولهذا قصر المصنف البيان عليه في تعليل هذه المسئلة ، وما ذكره ذلك البعض بقوله ولعل الأولى أن يقال الخ إنما يفيد كون الدية مؤجلة إلى ثلاث سنين في هذه المسئلة ، لا كون التأجيل فيها من وقت القضاء دون وقت الإقرار ، والمقصود بالبيان هنا هو الثاني دون الأول . وأما ما ذكره صاحب العناية فيفيد الثاني لأنه قال : وفي القتل معاينة إنما تجب الدية بقضاء القاضي فهذا أول ، وهذا يثبت كون التأجيل من وقت القضاء دون وقت الإقرار ، لأن وجوب الدية إذا كان بقضاء القاضي فلا جرم لا يتحقق وجوبها قبل قضاء القاضي وتأجيل الدية فرع وجوبها لا بحالة ، إنما يتصور التأجيل من وقت القضاء لا قبله . وعن هذا قال في المبسوط كما نقل عنه في النهاية : والتأجيل فيه من وقت القضاء لا من وقت الإقرار ، لأن الثابت بالإقرار بالقتل لا يكون أقوى من الثابت بالمعاينة ، وفي القتل المعائن الدية إنما تجب بقضاء القاضي فهذا أولى انتهى (قوله وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لأنه يسلك به مسلك الأموال عندنا على ما عرف) أقول : فيه كلام ، وهو أنه إن كان مراد المصنف بقوله على ماعرف ما ذكره في باب القصاص فيما دون النفس في تعليل أن لا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحرّ والعبد ولا بين العبدین عندنا بقوله ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة ، كما صرح به صاحب الغاية حيث قال هنا : لنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال ، ولهذا لا يجري القصاص في العمد بين طرف الحرّ والعبد فلا تتحمله العاقلة كطرف الهيمة ، وقد مرّ ذلك في باب القصاص فيما دون النفس ، وهذا معنى قوله على ماعرف انتهى . ينتقض حينئذ ما ذكره في تعليل مسئلتنا هذه بتحمل العاقلة ما دون النفس من الحر إلى ما دون نصف عشر الدية ، فإن الدليل المذكور هنا يجري هناك أيضا مع تخلف الحكم عنه وإن كان مراده به ما ذكره في فصل بعد باب جنابة المملوك من أن المعتبر فيما دون النفس من العبد هي المالية دون الآدمية ، بخلاف النفس من العبد فإن المعتبر في إتلافها هي الآدمية دون المالية عندنا جاز أن

بقضاء القاضي فهذا أولى . وقوله (وتصادقهما حجة في حقهما) لأن أحد المتصادقين وليّ القتل ، ومن زعمه أن الدية إنما وجبت لاعلى المقرّ لإقراره حجة على نفسه . وقوله (بخلاف الأول) أراد به قوله والإقرار والصلح لا يلزمان العاقلة فيفهم من هذا أنه يلزم موجب الإقرار في مال المقرّ وإنما وجبت الدية هناك في مال المقرّ لأن هناك لم يوجد تصادقهما بقضاء الدية على العاقلة فيجب في مال المقرّ ضرورة . فإن قيل : لما كان أصل الوجوب عليه وقد تحول بزعمه إلى عاقلته بقضاء القاضي ، فإذا توى على العاقلة بمجودهم عاد الدين إلى ذمة الخيل . أجيب بأن هذا يستقيم فيما إذا كان أصله ديناً لدفع التوى عن مال المسلم ، وهذا ليس كذلك فإنه صلة شرعت صيانة لدم المقتول عن المهر ، فبعد ما تقرر على العاقلة بقضاء القاضي لا يتحول إليه بحال

للتخفيف ، لأن الوجوب حينئذ على المقر وحده دون العاقلة فلي تأمل (قوله فيفهم من هذا أنه يلزم موجب الإقرار الخ) أقول . الفهم منه بعيد ، ولعل المراد به قوله ومن أقر بقتل خطأ إلى قوله قضى عليه بالدية في ماله (قوله أجيب بأن هذا يستقيم فيما إذا كان أصله ديناً لدفع التوى الخ) أقول : قوله لدفع متعلق بقوله يستقيم .

وفي أحد قوليهِ العاقلة تتحمّله كما في الحرّ وقد مرّ من قبل . قال أصحابنا : إن القاتل إذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لأن جماعة المسلمين هم أهل نصرته وليس بعضهم أخص من بعض بذلك . ولهذا لو مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال . وعن أبي حنيفة رواية شاذة أن الدية في ماله . ووجهه أن الأصل أن تجب الدية على القاتل لأنه بدل متلف والإتلاف منه ، إلا أن العاقلة تتحمّلها تحقيقاً للتخفيف على مامر . وإذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم إلى الأصل (وابن الملاعة تعقله عاقلة أمه) لأن نسبه ثابت منها دون الأب (فإن عقاوا عنه ثم ادعاه الأب رجعت عاقلة الأم بما أدت على عاقلة الأب في ثلاث سنين من يوم يقضى القاضى لعاقلة الأم على عاقلة الأب) لأنه تبين أن الدية واجبة عليهم ، لأن عند الإكذاب ظهر أن النسب لم يزل كان ثابتاً من الأب حيث بطل اللعان بالإكذاب ، ومتى ظهر من الأصل فقوم الأم تحمّوا ما كان واجباً على قوم الأب فيرجعون عليهم لأنهم مضطرون في ذلك ، وكذلك إن مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤدّ كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم أمه ثم أدبت الكتابة لأنه عند الأداء يتحول ولاؤه إلى قوم أبيه من وقت حرية الأب وهو آخر جزء من أجزاء حياته فيبتين أن قوم الأم عقلوا عنهم فيرجعون عليهم ، وكذلك رجل أمر صبيّاً بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الأمر إن كان الأمر ثبت بالبينة ، وفي مال الأمر إن كان ثبت بإقراره في ثلاث سنين من يوم يقضى بها القاضى على الأمر ، أو على عاقلته لأن الديات تجب مؤجلة بطريق التفسير . قال رضى الله عنه : هاهنا عدّة مسائل ذكرها محمد متفرقة . والأصل الذي يخرج عليه أن يقال : حال القاتل إذا تبدل حكماً فانتقل ولاؤه إلى ولاء بسبب أمر حادث لم تنتقل جنيّاته عن الأول قضى بها أو لم يقض ، وإن ظهرت حالة خفية مثل

لا ينتقض ما ذكره هنا بتحمّل العاقلة مادون النفس من الحرّ إلى مادون نصف عشر الدية ، إذ لم يصرح أحد بسقوط اعتبار الآدمية في أطراف الحرّ بالكلية ، إلا أنه لا يتم الدليل المذكور هنا حينئذ على أصل أبي حنيفة ، فإنه يعتبر المالية والآدمية معا في أطراف العبد ، وإنما يتم هذا على أصل أبي يوسف ومحمد فإنهما لا يعتبران الآدمية فيها بالكلية ، وقد مرّ ذلك كله في الفصل المزبور في بيان مسألة من فقأ عيني عبد لإنسان ، والمسئلة التي نحن فيها متفق عليها بين أئمتنا فلا معنى لأن يبنى دليلها على أصل بعض منهم دون بعض ، وبالحملة لا يخلو المقام على كل حال عن نوع من الاضطراب كما ترى (قوله وفي أحد قوليهِ تتحمّله كما في الحرّ وقد مرّ من قبل) قال صاحب الغاية : أى في أول فصل بعد باب جناية المملوك ، واقتنى أثره في هذا التفسير صاحب

سواء استوفى من العاقلة أو لم يستوف . وقوله (وقد مرّ من قبل) أى في أول فصل بعد باب جناية المملوك . وقوله (قال أصحابنا رحمهم الله : إن القاتل إذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال) يعنى إذا كان القاتل مسلماً بدليل قوله لأن جماعة المسلمين هم أهل النصرة ، والنصرة بالولاية وهى منقطعة بيننا وبينهم ، والباقي ظاهر . وقوله (ثم أدبت الكتابة) أى فإنه حينئذ يرجع قوم الأم على الأب . وقوله (والأصل الذي يخرج عليه أن يقال حال القاتل إذا تبدل حكماً فانتقل ولاؤه إلى ولاء بسبب حادث لم تنتقل جنيّاته عن الأولى قضى بها القاضى أو لم يقض) كالمولود بين عید وحرّة إذا جنى ثم أعنت العبد لا تتحوّل الجناية عن عاقلة الأم لأن هاهنا تبدل حاله بأن انتقل ولاؤه عن موالى الأم إلى موالى الأب ، وكالغلام إذا حفر بئرًا قبل أن يعتق أبوه ثم سقط في البئر رجل بعد ما أعنت أبوه فإن القاضى يقضى بالدية على عاقلة الأم ولا يجعل على عاقلة الأب من ذلك شيئاً ، لأن الحادث بعد الحفر ولاء العتاقة فيعتبر بالملك الحفر لو وجد في ملك ثم حدث فيه ملك آخر للغير قبل الوقوع فإن الجناية لا تتحوّل إلى الملك الحادث بل تبقى في الملك الذى وجد فيه الحفر ، فإن العبد إذا حفر بئرًا في طريق المسلمين بغير إذن مولاه فقبل أن يقع فيه إنسان باعه ثم وقع في ملك المشتري إنسان فمات فالضمان على البائع لا على المشتري ، لأن ملك المشتري حادث بعد الحفر فكذا الولاء الحادث بعد

دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية إلى الأخرى وقع القضاء بها أو لم يقع ، ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء ، فإن كان قضى بها على الأولى لم تنتقل إلى الثانية ، وإن لم يكن قضى بها على الأولى فإنه يقضى بها على الثانية ، وإن كانت العاقلة واحدة فالحقها زيادة أو نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده إلا فيما سبق أدائه فمن أحكم هذا الأصل بتأملا يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والأضداد .

(كتاب الوصايا)

العناية والشارح العيني ولم يتعرض لتفسير ذلك أصلا سائر الشراح . أقول : لو كان مراد المصنف بقوله وقد مر من قبل مافسره به هؤلاء الشراح الثلاثة كانت حالته هنا غير راجئة قطعاً ، إذ لم يذكر في ذلك الفصل تحمل العاقلة ما دون النفس ولا تحملها دية النفس لا عند الشافعي ولا عندنا كما لا يخفى على من تتبع مسائل ذلك الفصل برمتها .

(كتاب الوصايا)

قال الشراح : إيراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهر المناسبة ، لأن آخر أحوال الآدمي في الدنيا الموت ، والوصية معاملة وقت الموت . أقول : يرد عليه أن كتاب الوصايا ليس بمورد في آخر هذا الكتاب ، وإنما المورد في آخره كتاب الخنثى كما ترى . نعم إن كثيراً من أصحاب التصانيف أوردوه في آخر كتبهم ، لكن الكلام في شرح هذا الكتاب . ويمكن الجواب من قبل الشراح بعمل الآخر في قولهم في آخر الكتاب على الإضافي ، فإن آخره الحقيقي وإن كان كتاب الخنثى إلا أن كتاب الوصايا أيضاً آخره بالإضافة إلى ما قبله حيث كان في قرب آخره الحقيقي ، وعن هذا ترى القوم يقولون وقع هذا في أوائل كذا وأواخره ، فإن صيغة الجمع لاتتمشى في الأول الحقيقي والآخر الحقيقي ، وإنما المخلص من ذلك تعميم الأول والآخر للحقيقي والإضافي . ويمكن أن يقال أيضاً : لما كان ما ذكر في كتاب الخنثى نادراً من حيث الوقوع ومن حيث المسائل أيضاً جعلوه

الحفر يعتبر به فلا تتحول الجناية وإن ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية إلى الأخرى وقع القضاء بها أو لم يقع ، وقد ذكر صورته في الكتاب ، وكما إذا مات المكاتب عن ولد حر ووفاء فلم يؤدوا مكاتبته حتى جنى ابنه وهو من امرأة حرة مولاة لبني تميم والمكاتب لرجل من همدان فعقل عنه جانيته قوم أمه ثم أدت الكتابة فإن عاقلة الأم يرجعون بما أدوا على عاقلة الأب . لأن عتق المكاتب عند أداء البذل يستند إلى حال حياته ، فتبين أنه كان للولد وللاء من جانب الأب حين جنى وأن موجب جانيته على موالى أبيه فلذلك يرجعون على موالى الأب ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء كما ذكر في الكتاب في صورة تحويل الديوان من الكوفة إلى البصرة من قبل ، وإن كانت العاقلة واحدة فالحقها زيادة أو نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده . كما إذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم وبعد أخذ البعض منهم ضم إليهم أقرب القبائل نسباً وقد تقدم . وقوله (إلا فيما سبق أدائه) استثناء من قوله اشتركوا : يعني لا يشتركون فيه بل يقع ذلك من الذين أدوا قبل ضم أقرب القبائل إليهم .

(كتاب الوصايا)

(كتاب الوصايا)

في حكم العدم واعتبروا كتاب الوصايا آخر الكتاب . ثم إن الوصية في اللغة اسم بمعنى المصدر الذي هو التوصية ، ومنه قوله تعالى - حين الوصية - ثم سمي الموصى به وصية ، ومنه قوله تعالى - من بعد وصية يوصون بها - وفي الشريعة : تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ، سواء كان ذلك في الأعيان أو في المنافع ، كذا في عامة الشروح . قال بعض المتأخرين : ثم الوصية والتوصية وكذا الإيصاء في اللغة : طلب فعل من غيره ليفعله في غيبته حال حياته أو بعد وفاته . وفي الشريعة : تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع عينا كان أو منفعة ، هذا هو التعريف المذكور في عامة الكتب ، والوصية بهذا المعنى هي المحكوم عليها بأنها مستحبة غير واجبة ، وأن القياس يأتي جوازها ، فعلى هذا يكون بعض المسائل مثل مسألة الوصية بحقوق الله تعالى وحقوق العباد . والمسائل المتعلقة بالوصى المذكورة في كتاب الوصايا بطريق التطفل ، لكن التحقيق أن هذه الألفاظ كما أنها موضوعة في الشرع للمعنى المذكور موضوعة فيه أيضا لطلب شيء من غيره ليفعله بعد مماته فقط ، نقل هذا عن مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده ، لكن يشترط استعمال لفظ الإيصاء باللام في المعنى الأول وبإلى في المعنى الثاني ، فحيث لا يكون ذكر المسائل المذكورة على أنها من فروع المعنى الثاني لأعلى سبيل التطفل ، إلى هنا لفظه . أقول : ماعده تحقيقا ليس بشيء .

أما أولا فلا أن التي تكون من فروع المعنى الثاني من المسائل المذكورة إنما هي المسائل المتعلقة بالوصى دون مسائل الوصية المتعلقة بحقوق الله تعالى وحقوق العباد ، فإن استعمال لفظ الإيصاء فيها باللام لا بإلى ، يقال أوصى لحقوق الله تعالى أو لحقوق العباد ولا يقال أوصى إليها كما لا يخفى ، فبقى أمر التطفل في حق تلك المسائل من المسائل التي ذكرها من قبل إذ لم يشملها شيء من المعنيين المذكورين قط . وأما ثانيا فلا أن مسائل التبرعات الواقعة من الإنسان في مرض موته بطريق التنجيز المذكورة أيضا في كتاب الوصايا ، ومنها باب العتق في المرض كما سيجيء في الكتاب ، ولا ريب في عدم شمول شيء من المعنيين المذكورين شيئا من تلك المسائل ، فبقى أمر التطفل في حق تلك المسائل كلها بالنظر إلى ذلك المعنيين معا ، فمن أين كان ارتكاب جمعهما في لفظ واحد بتأويل بعيد مع عدم عموم المشترك عندنا حقيقيا بأن يعد تحقيقا . كما زعمه ذلك القائل . ثم أقول : الوجه في التفضي عن أمر التطفل في حق المسائل التي ذكرها ذلك القائل حمل معنى الوصية شريعة على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال : وأما بيان معنى الوصية فالوصية اسم لما أوجبه الموصى في ماله بعد موته . ويقرب منه ما ذكره صاحب الوقاية حيث قال : هي إيجاب بعد الموت فإنهما يشملان تلك المسائل جملة كما لا يخفى على المتأمل ، والوجه في التفضي عن أمر التطفل في حق مسائل كتاب الوصايا كلها من العلاقات والمنجزات حمل معنى الوصية شريعة على ما نقله صاحب النهاية عن الإيضاح حيث قال : ذكر في الإيضاح : الوصية ما أوجبه الموصى في ماله بعد موته أو مرضه الذي مات فيه انتهى . فإنه يشمل جميع ما ذكر في كتاب الوصايا كما لا يخفى على ذي مسكة . ثم إن سبب الوصية سبب سائر التبرعات ، وهو إرادة تحصيل ذكر الخير في الدنيا ووصول الدرجات العالية في العقب . وشرائطها : كون الموصى أهلا للتبرع ، وأن لا يكون مديونا ، وكون الموصى له حيا وقت الوصية ، وإن لم يكن مولودا ، حتى إذا أوصى للجنين إذا كان موجودا حيا عند الوصية يصح وإلا فلا ، وإنما تعرف حياته في ذلك الوقت بأن ولد قبل ستة أشهر حيا ، وكونه أجنبيا حتى أن الوصية للوارث لا تجوز إلا بإجارة الورثة ، وأن لا يكون قاتلا وكون الموصى به سيئا قابلا للتملك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصى سواء كان موجودا في الحال أو معدوما ، وأن يكون بمقدار الثلث حتى أنها لا تصبح فيما زاد على الثلث ، كذا في النهاية وفي العناية أيضا بطريق الإجمال . أقول : فيه قصور : بل خلل . أما أولا فلا أنه جعل من شرائطها أن لا يكون الموصى مديونا بدون التقييد بأن يكون الدين مستغرقا تركته ، والشرط عدم هذا الدين المقيّد بعدم الدين المطلق كما صرح به في البدائع وغيره . وأما ثانيا فلا أنه جعل من شرائطها كون الموصى حيا وقت الوصية ، والشرط كونه موجودا وقت الوصية لا كونه حيا فيه ، ألا يرى أنهم جعلوا الدليل عليه الولادة قبل ستة

باب في صفة الوصية مايجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

أشهر حيا ، وتلك إنما تدل على وجود الجنين وقت الوصية لا على حياته في ذلك الوقت كما لا يخفى على العارف بأحوال الجنين في الرحم وبأقل مدة الحمل وعن هذا كان المذكور في عامة المعتمرات عند بيان هذا الشرط أن يكون الموصى له موجودا وقت الوصية بدون ذكر قيد الحياة أصلا . وأما ثالثا فلأنه جعل من شرائطها أن يكون الموصى به مقدار الثلث لازما عليه ، وهو ليس بسديد على إطلاقه فإن الموصى إذا ترك ورثة فإنما لاتصح وصيته بما زاد على الثلث إن لم تجزه الورثة ، وإن أجازوه صحّت وصيته به . وأما إذا لم يترك وارثا فتصح وصيته بما زاد على الثلث حتى يجمع ماله عندنا كما تقرّر في موضعه فلا بد من التقييد مرتين : مرة بأن يكون له وارث ، وأخرى بأن لايجزه الوارث .

(باب في صفة الوصية مايجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه)

قال بعض المتأخرين في حل هذا التركيب : أى مايجوز منه وما لايجوز ، وما يستحب منه وما لا يستحب . وقال : ثم ظاهر الإبدال يفيد أن المراد ببيان صفة الوصية بيان مايجوز منه وما يستحب منه ، لكن الظاهر كما صرحوا به أن المراد به ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهى مستحبة ، فالأولى إيرادها بالواو العاطفة انتهى . أقول : فيه خلل فاحش . أما أولا فلأنه سلك مسلك التقدير في قول المصنف مايجوز من ذلك وما يستحب منه حيث قال : أى مايجوز منه وما لايجوز وما يستحب منه وما لا يستحب . ولا يذهب عليك أن ذاك التقدير إن صح في قوله مايجوز من ذلك لا يصح في قوله وما يستحب منه ، إذ ليس في جنس الوصية ما يخلو عن الجواز وعدمه لكونهما نقيضين لا يرتفعان عن شيء ، فلم يبق من جنس الوصية شيء بغير مايجوز منه وما لايجوز حتى يصلح ذلك لأن يذكر بعدهما ، فإن قيد كل واحد منهما بشيء يخرج منه ما يستحب منه لا يبق من ذلك شيء بغير مايجوز منه وما لايجوز وما يستحب منه حتى يندرج فيما لا يستحب منه فيصح تقديره . لا يقال : المراد بالجواز تساوى الطرفين وبعدم الجواز عدم صحة طرف الفعل أصلا لا مجرد رفع التساوى حتى يكونا من قبيل النقيضين فيبقى الاستحباب

(باب في صفة الوصية مايجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه)

إيراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهر المناسبة ، لأن آخر أحوال الآدمي في الدنيا الموت ، والوصية معاملة وقت الموت وله زيادة اختصاص بكتاب الجنائيات والديات لما أن الجناية قد تقضى إلى الموت الذى وقته وقت الوصية . والوصية اسم بمعنى المصدر ، ثم سمي الموصى به وصية ، وهى في الشريعة تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع . وسببها سبب التبرعات وشرائطها كون الموصى أهلا للتبرع ، وأن لا يكون مديونا ، وكون الموصى له حيا وقت الوصية وإن لم يولد ، وأجنبيا عن الميراث . وأن لا يكون قاتلا ، وكون الموصى به بعد موت الموصى شيئا قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصى سواء كان موجودا في الحال أو معدوما ، وأن يكون بمقدار الثلث . وركنها أن يقول : أوصيت بكذا فلان وما يجرى مجراه من الألفاظ المستعملة فيها . وأحكم الوصية في حق الموصى له أن يملك الموصى به ملكا جديدا كما في الهبة وفي حق الموصى

(باب في صفة الوصية مايجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه)

(قوله وسببها سبب التبرعات) أقول : وهو طلب زيادة الزلفى في العقبى كما مر في الوقف (قوله وشرائطها كون الموصى أهلا للتبرع وأن لا يكون مديونا) أقول : أى دينيا مستغرقا لتركته (قوله وأجنبيا عن الميراث) أقول : أى وقت الموت (قوله وأن لا يكون قاتلا) أقول : قال في البدائع : وأن لا يكون حربيا غير مستأن ، فإن كان لاتصح الوصية له من مسلم أو ذى .

قال (الوصية غير واجبة وهي مستحبة) والقياس يأبى جوازها لأنه تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته ، ولو أضيف إلى حال قيامها بأن قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى . إلا أنا استحسانه لحاجة الناس إليها ، فإن الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله ، فإذا عرص له المرض وخاف البيات يحتاج إلى تلافى بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لومضى فيه يتحقق مقصده المآلى ، ولو أنهضه البرء يصرفه إلى مطالبه الحالى .

والوجوب واسطة بينهما . ويجوز أن يكون المراد بما لا يستحب منه ما هو الواجب منه . لأننا نقول : نفي الاستحباب يعم الجواز والوجوب وعدم صحة طرف الفعل أصلا ، فمن أين يدل مالا يستحب منه على ما هو الواجب منه فقط حتى يجوز أن يراد به ذلك . ولئن سلم جوار إرادة ذلك به يفسد معنى المقام إذ يلزم حينئذ أن يدرج في عنوان الباب ما هو الواجب من الوصية فيخالف ما ذكره في أول الباب من أن الوصية غير واجبة وهي مستحبة . وبالجملة لم يوجد لما ارتكبه محمل صحيح قط . فالصواب أن لا تقدير في شيء من كلام المصنف هاهنا ، فإن صفات الوصية الشرعية هي الجوار والاستحباب والرجوع عنها : أى كونها مرجوعا عنها ، وهذه الصفات كلها حاصلة بما ذكره في عنوان الباب صراحة فلا حاجة إلى تقدير شيء أصلا حتى عدم الجواز فإنه صفة للوصية الغير الشرعية ، وعنوان الباب إنما كان في صفة الوصية الشرعية . نعم قد يذكر في أثناء مسائل الباب مالا يجوز من الوصايا . لكن لأجل إزالة أن يتوهم كونه من الوصايا الجائزة الشرعية . لا لأنه مقصود بالبيان بالذات كما هو الحال في مسائل سائر الكتب . وأما ثانيا فلأن قوله لكن الظاهر كما صرحوا به أن المراد ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة ليس بسديد ، إذ لا نسلم أن الظاهر ذلك . ولا نسلم أن أحدا سواه صرح به ، وإنما الذى صرحوا به أن صفة الوصية في الشرع ما ذكره المصنف بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة : لا أن مراد المصنف بالصفة في قوله باب في صفة الوصية هو الذى ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة : ألا يرى أنهم إنما ذكروا ما صرحوا به عند بيان متعلقات الوصية من سببها وشرائطها وركبتها وحكمها وصفها لاعداد شرح قول المصنف باب في صفة الوصية الخ وكم بين المقامين ؟ وأما ثالثا فلأن قوله فالأولى إيراده بالوإو العاطفة لا يكاد يصح إذ لو أوردته المصنف بالوإو العاطفة على فرض أن يكون المراد بالصفة في قوله باب في صفة الوصية ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة كما زعمه القائل لصار معنى الكلام باب في صفة الوصية أى فيما يستحب منها وفيما يجوز من ذلك وما يستحب منه ، فيصير قوله وما يستحب منه لغوا من الكلام لكونه تكرار محض فكأن هذا القائل نسي قول المصنف وما يستحب منه عند كتب قوله فالأولى إيراده بالوإو العاطفة واعمرى إنه عجب من مثله (قوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة) أقول : الحكم بالاستحباب على الوصية مطلقا لا يناسب ما مرآ تفا في عنوان الباب من قوله ما يجوز من ذلك وما يستحب منه . ولا ما سأتى في الكتاب من أن الوصية بالثلث للأجنبي جائزة وبدون الثلث مستحبة إن كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبتهم ، وإن كانوا فقراء لا يستغنون بما يرثون فترك الوصية أولى . فكان الظاهر أن يقال : الوصية غير واجبة بل هي مستحبة أو جائزة ، اللهم إلا أن يوجه قوله وهي مستحبة بأن المراد به أن غاية أمرها الاستحباب دون الوجوب لا أنها مستحبة على الإطلاق ، فكأنه قال : إنها لاتصل إلى مرتبة الوجوب بل قصارى أمرها الاستحباب . لكن يرد

إقامة الموصى به فيما أوصى به مقام نفسه كالوارث . وصفها ما ذكره بقوله (الوصية غير واجبة وهي مستحبة) فقواه غير واجبة رد لقول من يقول : إن الوصية للوالدين والأقربين إذا كانوا آمنين لا يرثون فرض . ولقول من يقول : الوصية واجبة على كل أحد ممن له ثروة ويسار لقوله تعالى - كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين - والمكتوب علينا فرض . ولما لم يفهم الاستحباب من نفي الوجوب لجواز الإباحة قال : وهي مستحبة . والقياس يأبى جوازها لأنه تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته . ولو أضافه إلى حال قيامها بأن قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى ، إلا أنا

وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ، ومثله في الإجارة بيناه ، وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين ، وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى - من بعد وصية يوصى بها أو دين - والسنة وهو قول النبي عليه الصلاة والسلام « إن الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم

عليه النقض بالوصية لحقوق الله تعالى كالصلاة والزكاة والصوم والحج التي فرط فيها ، إذ الظاهر أنها واجبة كما صرح به الإمام الزيلعي في التبيين . قال في العناية أخذنا من النهاية : قوله غير واجبة ردّ لقول من يقول : إن الوصية للوالدين والأقربين إذا كانوا من لا يرثون فرض ، ولقول من يقول : الوصية واجبة على كل أحد ممن له ثروة ويسار لقوله تعالى - كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين - والمكتوب علينا فرض ، ولما لم يفهم الاستحسان من نفي الوجوب لجواز الإباحة قال : وهي مستحبة انتهى . أقول : في قوله غير واجبة ردّ لقول من يقول : إن الوصية للوالدين والأقربين إذا كانوا من لا يرثون فرض نظر ، لأن الفرض غير الواجب عندنا ، إذ الفرض ماثب بدليل قطعي والواجب ماثب بدليل ظني كما تقرر في علم الأصول ، فلا يلزم من كون الوصية غير واجبة كونها غير فرض فكيف يحصل الردّ بقوله الوصية غير واجبة لقول من يقول : إنها فرض في حق الوالدين والأقربين ، بل الظاهر أن الردّ لقول ذلك إنما يحصل بقوله وهي مستحبة . ثم إن في أسلوب تحريره سهاجة ظاهرة إذ الظاهر من تأخير قوله لقوله تعالى - كتب عليكم - الخ عن مجموع القولين أن تكون الآية المذكورة دليلا عليهما ، بل المتبادر أن تكون دليلا على قربتها ، ولا يتحقق أنها لاتصلح لأن تكون دليلا على القول الثاني ، وصاحب النهاية وإن شاركه في تأخير ذكر الدلائل المذكور عن مجموع القولين المزبورين إلا أنه ذكر دليلا آخر بعده من السنة حيث قال : وقال عليه الصلاة والسلام « لا يحمل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر إذا كان له مال يريد الوصية فيه أن يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه » انتهى . فجاز أن يجعل الدليل الأول دليلا على القول الأول ، والدليل الثاني على القول الثاني بطريق التوزيع على اللَّفّ والنشر المرتب . وأما صاحب الغاية فقد قصر الذكر على دليل واحد فقصر . ثم اعلم أن الجواب عن كل واحد من دليلي الخصمين مستقصى ومستوفى في النهاية وغيرها فلا علينا أن لا نذكره هاهنا (قوله وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين) قال صاحب العناية : قوله وقد تبقى المالكية بعد الموت جواب عن وجه القياس ، واقتنى أثره الشارح العيني . أقول : فيه بحث ، إذ لا يصلح الجواب عن وجه القياس المذكور بمجرد بقاء المالكية بعد الموت ، فإنه قال في وجه القياس : ولو أضيف إلى حال قيامها بأن قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى ، فاللازم من بقاء المالكية بعد الموت انتفاء أولوية البطلان لا انتفاء نفس البطلان فلا يحدى نفعاً ، اللهم إلا أن يتمحل بأن يقال : معنى كونه جواباً عن وجه القياس مجرد تضمنه قديم مقدمة مذكورة فيه وهي قوله لأنه تملك مضاف إلى حال زوال مالكيته لا كونه جواباً قاطعاً له عن عرقه . والأوجه أن يكون هذا الكلام مجرد تنعيم لوجه الاستحسان : فإنه لما كان في تجويز تملك مضاف إلى حال زوال المالكية نوع استبعاد لكون التملك فرع بقاء الملك تدارك دفعه بأن قال : إن المالكية لاتزول عن الإنسان بالكلية بعد الموت ، بل تبقى مالكيته بعده في حق ما يحتاج إليه كما في قدر التجهيز والدين ومنه الوصية بقدر الثلث (قوله وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى - من بعد وصية يوصى بها أو دين -) قال صاحب العناية : وقد استدلل أبو بكر الرازي على نسخ قوله تعالى - كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين - بهذه الآية ، وقد ذكره

استحسنه الحاجة الناس إليها ، إلى آخر ما ذكر في الكتاب . وقوله (ومثله في الإجارة بيناه) في أنها عقد يأبى القياس جوازها لكونها مضافة إلى زمان في المستقبل ، وكان جوازها بالاستحسان لحاجة الناس إليه . وقوله (وقد تبقى المالكية بعد الموت) جواب عن وجه القياس . وقوله (وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى - من بعد وصية يوصى بها أو دين - إلى آخر ما ذكر) بيان لوجه الاستحسان . وقد استدلل أبو بكر الرازي رحمه الله على نسخ قوله تعالى - كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت بهذه الآية ، وقد ذكره الإمام المحقق فخر الإسلام في أصوله وقررناه في التقرير بأن الله تعالى رتب الموارث على وصية نكرة

تضعونها حيث شئتم » أو قال « حيث أحببتكم » وعليه إجماع الأمة . ثم تصح للأجنبي في الثلث من غير إجازة الورثة لما روينا ، وسنين ما هو الأفضل فيه إن شاء الله تعالى . قال (ولا تجوز بما زاد على الثلث) لقول النبي عليه الصلاة والسلام في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه « الثلث والثلث كثير » بعد مانفي وصيته

الإمام المحقق فخر الإسلام في أصوله ، وقد قررناه في التقرير بأن الله تعالى رتب الموارث على وصية نكرة ، والوصية الأولى كانت معهودة فلأنها الوصية للوالدين ، فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث رتب هذه الوصية عليها وبين بأن هذا المقدار بعد المقدار المفروض ، لأن المحل محل بيان ما فرض للوالدين ، وحيث رتبها على وصية منكرة دل على أن الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد أي وصية كانت نصيبهما ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة : وإذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا انتهى . أقول : يرد عليه أن هذا لا يدل على أن الوصية الأولى لم تبق لازمة : فإن الموارث وإن لم ترتب في هذه الآية الوصية الأولى المعهودة لكنها رتب على وصية مطلقة حيث قيل من بعد وصية يوصي بها - فدخلت تلك الوصية الأولى أيضا تحت إطلاق هذه الوصية المنكرة فمن أين يلزم انتفاء وجوب الوصية الأولى حتى يلزم انتساخ الآية الأولى بهذه الآية . وفائدة ترتيب الموارث على الوصية المطلقة دون الوصية الأولى المعهودة فقط إفادة تأخير الموارث عن الوصية الشرعية أيضا كما هو المذهب في مقدار الثلث . وعن هذا أورد القاضي البيضاوي في تفسير الآية الأولى على من قال كان هذا الحكم في بدء الإسلام فنسخ بآية الموارث بأن قال : فيه نظر ، لأن آية الموارث لا تعارضه بل تؤكد من حيث أنها تدل على تقديم الوصية مطلقا انتهى . ثم إن بعض الفضلاء رد قول صاحب العناية لرتب هذه الوصية عليها في قوله فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها حيث قال : ولعل هنا سهوا ، والعبارة الصحيحة لرتبه عليها انتهى . أقول : إنما الساهي نفسه ، لأن نمراد صاحب العناية بهذه الوصية في قوله لرتب هذه الوصية هو الميراث . ومراده بالوصية هنا وصية الله تعالى لا وصية العباد كما في قوله تلك الوصية وإنما عبر عن الميراث بالوصية تأسيسا بكلام الله تعالى : فإنه تعالى قال في أول آية الموارث - يوصيكم الله في أولادكم - وقال المفسرون : أي يأمركم ويعهد إليكم في شأن ميراثهم . ثم قال تعالى في آخر تلك الآية - وصية من الله - فلم يكن في العبارة المذكورة سهو بل كان فيها لطافة وحسن (قوله ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه « الثلث والثلث كثير » بعد مانفي وصيته بالكل والنصف) قال بعض المتأخرين : يعني أن هذا الحديث دل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث صراحة ، وقوله عليه الصلاة والسلام : إن الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم « الخ وإن دل عليه أيضا لأنه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف القياس فبقي ما فوقه

والوصية الأولى كانت معهودة فلأنها الوصية للوالدين ، فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها ، وبين بأن هذا المقدار بعد المقدار المفروض ، لأن المحل محل بيان ما فرض للوالدين ، وحيث رتبها على وصية منكرة دل على أن الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد أي وصية كانت نصيبهما ذلك المقدار ، وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة ، وإذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا . وذكر فخر الإسلام وجه آخر وقد قررناه في التقرير واستدلالة بالسنة ظاهر . وقوله (وعليه) أي على جواز الوصية (إجماع الأمة) وقوله (لما روينا) إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام « بثلاث أموالكم » من غير تقييد بإجازة . وقوله (وسنين ما هو الأفضل فيه) أي في فعل الوصية أو في قدر الوصية (ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سعد بن أبي وقاص) وهو ما روى محمد بن الحسن رحمه الله في كتاب الآثار قال : أخبرنا

(قوله فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية) أقول : لعل هنا سهوا ، والعبارة الصحيحة : لرتبه عليها (قوله بل بعد : أي وصية كانت نصيبهما) أقول : ولنا فيه بحث ، فإن دلالة ما ذكره على عدم بقاء لزوم الوصية المفروضة ممنوعة ، وإنما دلالة على أن تأخير الميراث ليس عن الوصية المفروضة فقط ، بل هو متأخر عنها وعن غيرها أيضا إن وجدت . كيف ولو رتب الميراث على الوصية المفروضة لم يدل الكلام على تأخير الميراث عن الوصية بالتبرعات مع أنه مقصود وعليك بالتأمل (قول المصنف : ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سعد « الثلث والثلث كثير ») أقول : قال النووي : يجوز رفع الثلث ونصبه . فدل على أنه

بالكل والنصف ، ولأنه حق الورثة ، وهذا لأنه انعقد سبب الزوال إليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به ، إلا أن الشرع لم يظهره في حق الأجانب بقدر الثلث ليتدارك نصيره على ما بيناه . وأظهره في حق الورثة لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم تحريزا عما يتفق من الإيثار على ما بينته ، وقد جاء في الحديث

على الأصل لكن لا بطريق الصراحة ولهذا استدل عليه بهذا دون ذلك انتهى . أقول : ليس هذا بسديد ، إذ لا يخفى عليك أن قوله عليه الصلاة والسلام « إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم » الخ لا يدل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث لاصراحة وهو ظاهر ، ولا دلالة لأن مفهوم المخالفة غير معتبر عندنا كما عرف ، وإنما يدل على جواز الوصية بالثلث . فجواز الوصية بما زاد على الثلث وعدم جوازها مسكوت عنهما بالنظر إلى ذلك الحديث فلا معنى لقوله وقوله عليه الصلاة والسلام « إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم » الخ وإن دل عليه أيضا ، ولا وجه لتعليل ذلك بقوله لأنه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف القياس فبقى ما فوقه على الأصل . فإن بقاء ما فوقه على أصل القياس ليس بمدلول ذلك الحديث أصلا ، وإنما هو مقتضى القياس فلا مجال للاستدلال على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بذلك الحديث . وقال ذلك البعض : إلا أن لقاظل أن يقول : نفي جواز الوصية بالكل والنصف وإثبات جوازها بالثلث لا يدل صراحة على نفي جوازها بما بين النصف والثلث . فالرجوع إلى الأصل في هذا المقدار ضروري في الاستدلال بحديث سعد أيضا انتهى . أقول : هذا أيضا ليس بتمام ، لأن نفي جواز الوصية بالكل والنصف وإثبات جوازها بالثلث وإن لم يدل على نفي جوازها بما بين النصف والثلث إلا أن قوله عليه الصلاة والسلام « الثلث كثير » بعد إثبات جوازها بالثلث بقوله الثلث بالنصب على تقدير أعطى الثلث أو أوصى الثلث ، أو بالرفع على أنه مبتدأ محذوف الخبر : أى الثلث كاف . أو على أنه فاعل محذوف الفعل : أى يكفيك الثلث يدل على نفي لزيادة على الثلث . فإن المراد به أن الثلث كثير لا يجوز التجاوز عنه ، إذ لا فائدة في ذكر قوله والثلث كثير بعد قوله الثلث . فبقي نفي جواز التجاوز عن الثلث فيحمل عليه لا محالة . وقد أشار إليه المصنف في تقريره حيث قال لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سعد رضى الله عنه « الثلث والثلث كثير » بعد نفي وصيته بالكل والنصف ، ولم يقل لحديث سعد ، فقوله ذلك القائل فالرجوع إلى الأصل في هذا المقدار ضروري في الاستدلال بحديث سعد أيضا ممنوع (قوله ولأنه حق الورثة وهذا لأنه انعقد سبب الزوال إليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به) وأوضحه صاحب الكافي بأن قال : ولأنه انعقد سبب زوال أملاكه عنه إلى غيره لأن المرض سبب الموت وبالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه ، ولو تحقق السبب لزال من كل وجه ، فإذا انعقدت ثبت ضرب حق انتهى . أقول : في هذا التعليل قصور . لأنه إنما يتمشى فيما إذا وقعت وصيته حال مرضه لا فيما إذا وقعت حال صحته ، إذ لا ينقد سبب الزوال إليهم في حال الصحة لعدم استغنائه عن ما له في حال صحته ، فلا توجب وصيته في تلك الحالة تعلق حقهم به ، فالأولى في تعليل هذه المسئلة ما ذكره صاحب البدائع حيث قال : ولأن الوصية بالمال إيجاب

أبو حنيفة قال : حدثنا عطاء بن السائب عن أبيه عن سعد بن أبي وقاص قال « دخل النبي صلى الله عليه وسلم يهودى فقلت يا رسول الله أفأوصى بما لي كله ؟ قال لا ، فقلت : فبالنصف ؟ قال لا ، قلت : فبالثلث ؟ قال : الثلث والثلث كثير ، لا تدع أهلك يتكففون الناس » وفي صحيح البخارى « إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » . وقوله (وهذا لأنه) ظاهر ، والضمير البارز في قوله لم يظهره وأظهره للاستغناء . وقوله (تحريزا عما يتفق من الإيثار) أى احترازا عما يوجد من تأذى البعض وقطعة الرحم بسبب (إيثار) البعض على البعض على ما بينته) يعنى عند قوله بعد هذا ولا يجوز لوارثه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية : روى بالحاء المهمل وسكون الياء وهو الظلم ، وروى الخنف بالحيم والنون

فاعل : أى يكفيك الثلث . أو على أنه مبتدأ محذوف الخبر أو عكسه ، والنصب على الإغراء أو على تقدير أعطى الثلث . (قال المصنف : وهذا لأنه انعقد سبب الزوال إليهم) أقول : فرق بين انعقاد السبب وتحقيقه كما يعلم من الكافي حيث قال : لأن المرض سبب الموت ، وبالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه ، ولو تحقق السبب لزال من كل وجه ، فإذا انعقد ثبت ضرب حق انتهى . وفي مباحث العلة من كتب الأصول

« الحيف في الوصية من أكبر الكبائر » وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث . قال (إلا أن يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار) لأن الامتناع لحقهم وهم أسقطوه (ولا معتبر بإيجازتهم في حال حياته) لأنها قبل ثبوت الحق إذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم أن يردوه بعد وفاته ، بخلاف ما بعد الموت لأنه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه ، لأن الساقط متلاش ،

الملك عند الموت ، وعند الموت حق الورثة متعلق بماله إلا في قدر الثلث ، فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن إبطال حقهم ، وذلك لا يجوز من غير إيجازتهم ، وسواء كانت وصيته في المرض أو في الصحة لأن الوصية لإيجاب مضاف إلى زمان الموت فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام ، إلى هنا لفظه تدبر (قوله إلا أن يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار) استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث . قال بعض المدحرجين في شرح قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث : أراد لا يجوز في حق الفضل على الثلث بل في حق الثلث فقط ، لا أنه لا يجوز هذه الوصية أصلاً . وقال هنا : فإن قلت : كيف يجوز إعمال اللفظ الواحد في بعض مدلوله دون بعض ، وبأى توجيه أمكن ذلك حتى جازت في الثلث وبطلت في الفضل إن ردوا ؟ قلت : يجعله في حكم وصايا متعددة بأن يجعل مثلاً قوله أوصيت لفلان بثلثي مالى في قوة أوصيت له بثلثه وثلثه الآخر ، ويجعل قوله أوصيت له بعشرة آلاف درهم وقد كان ثلث ماله ثمانية آلاف بمنزلة أن يقال أوصيت له بثمانية آلاف وبألفين إلى غير ذلك صيانة للكلام العاقل عن إلغائه ما أمكن ، وحذرا عن إبطال حتى يمكن إثباته بعقد صدر عن عاقل بلفظ يجوز تصحيحه بضرب من التأويل فتدبر فإن هذا مما بهم فهمه انتهى . أقول : حسب أنه أتى بأمر مهم يتوقف عليه صحة معنى المقام ، ولم يدر أنه إنما ارتكب شططا ، فإن صحة بعض أجزاء شيء واحد وفساد بعض آخر منه ليس بمستبعد لا بحسب العقل ولا بحسب الفقه ، ألا يرى أنهم صرحوا بأنه إذا جمع بين عبد ومدبر في بيع بصفقة واحدة أو جمع بين عبد ومكاتب أو أم ولد فيه صح البيع في العبد بخصته من الثمن وفسد فيما ضم إليه من المدبر أو المكاتب أو أم الولد بناء على أن الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى إلى الآخر ، وكذا الحال فيها إذا جمع بين الأجنبية وأختها في النكاح ، والمخدور بحسب العقل إنما يلزم أن لو كان محل الصحة والفساد واحدا ، وأما إذا كان متعددا بأن كان محل الصحة بعضا من شيء ذي أجزاء ومحل الفساد بعضا آخر منه كما فيما نحن فيه فلا محذور فيه عقلا أصلاً ، فلا و لجعل وصية واحدة في حكم وصايا متعددة بلا أمر داع إليه ، وصيانة كلام العاقل عن الإلغاء مهما أمكن ، والحذر عن إبطال حتى يمكن إثباته بعقد صدر عن عاقل مما لا يدعوا إليه أصلاً فيما نحن فيه لأن إلغاء الوصية فيما فضل عن الثلث إذا رده الورثة ، وإثباتها في مقدار الثلث ضرورى على مقتضى الشرع سواء جعلت وصية بما زاد على الثلث بكلام واحد في حكم وصايا متعددة أو أقيمت على حالها الظاهرة من كلامه . وبالجملة ما ذهب إليه ذلك البعض هنا أمر وهمي لا أصل له كما ترى (قوله لأن الساقط متلاش) قال الشراح قاطبة : قول المصنف هذا تعليل لقوله فكان لهم أن يردوه بعد وفاته ، وتقديره لأن إيجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها والساقط متلاش في إيجازتهم متلاشية فكان لهم أن يردوا بعد الموت ما أجازوه في حال حياة المورث انتهى . أقول : فيه إشكال . أما أولاً فلأنه لا وجه لأن يقال : إن إيجازتهم في حال حياة المورث ساقطة ، لأن إيجازتهم في ذلك الوقت غير معتبرة أصلاً كما صرح به فيما قبل وبينه ، والسقوط إنما يستعمل فيما له ثبوت واعتبار في الأصل لكن زال ذلك لداع ؛ ألا يرى أنه لا يقال سقط حق غير الوارث عن مال المورث بل يقال لم يتعلق به حقه أصلاً . وأما ثانياً فلأنه يلزم الفصل بين المدعى ودليله على تقدير كون قوله المذكور تعليلاً لما ذكره بمسئلة أخرى مع دليلها وهى قوله بخلاف ما بعد الموت لأنه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه ، ولا ينحى ركائنه وبعده عن شأن المصنف . والحق عندى

المفتوحين وهو الميل . وقوله (إلا أن تجيز الورثة) استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث . وقوله (لأن الساقط متلاش) دليل قوله فكان لهم أن يردوه بعد وفاته . وتقديره لأن إيجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها والساقط متلاش في إيجازتهم متلاشية ، فكان لهم أن يردوا بعد الموت ما أجازوه في حال حياة الموصى . فإن قيل : لا نسلم عدم مصادفة المحل فإن حق الورثة ثبت في مال المورث من أول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين ، فلما مات ظهر أنها صادفت

غاية الأمر أنه يستند عند الإجازة ، لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى . ولأن الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق ،

أن قول المصنف هذا تعليل لقوله قبيله فليس لهم أن يرجعوا عنه : يعنى أن إجازتهم بعد الموت إسقاط لحقهم بعد ثبوته والساقط متلاش لا يعود فلم يتيسر لهم الرجوع عنه فحينئذ ينتظم اللفظ والمعنى كما لا يخفى (قوله غاية الأمر أنه يستند عند الإجازة) و بعض النسخ عند الاستغناء (لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى) هذا جواب عن شبهة ترد علي هذا التقرير ، وهى أن حق الورثة وإن ثبت عند الموت إلا أنه يستند إلى أول المرض ، فبالموت يظهر أن حقهم كان ثابتا قبل الموت فينبغى أن تصير إجازتهم في حال حياة المورث بمنزلة إجازتهم بعد موته بسبب الاستناد . فأجاب بأن الاستناد إنما يظهر في حق القائم كما في العقود الموقوفة إذا لحقتها الإجازة فإنها تصح إذا كان العقود عليه قائما ، وكتبوت الملك في المعصوب عند أداء الضمان ، وهذا أى ما نحن فيه من الإجازة في حال حياة المورث قد مضى وتلاشى لكونه لغوا وقتئذ فلم يكن قائما فلا يظهر في حقه الاستناد . هذا خلاصة ما في عامة الشروح ، وإلى هذا التقرير أشار فخر الإسلام في مبسوطه كما فصل في النهاية . وقال صاحب العناية في تقرير السؤال والجواب هنا : فإن قيل : لانسلم عدم مصادقة المحل فإن حق الورثة ثبت في مال المورث من أول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين ، فلما مات ظهر أنها صادفت محلها فصارت كإجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد . أجاب بقوله غاية الأمر : يعنى أن حقهم وإن استند إلى أول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القائم يعنى كما في العقود الموقوفة إذا لحقتها الإجازة ، وكتبوت الملك في الغصب عند أداء الضمان ، فإن الملك يثبت فيهما مستندا إلى أول العقد والغصب ، وهذا يعنى ما نحن فيه من الإجازة قد مضى وتلاشى حين وقع إذ لم يصادف محله فلا يلحقها الاستناد انتهى . أقول : فيه خلل ، فإنه قال في أول تقرير السؤال : لانسلم عدم مصادقة المحل واستند إلى منع ذلك بقوله فإن حق الورثة ثبت في مال المورث من أول المرض حتى منع من التصرف في الثلثين . وقال في آخر تقرير الجواب تعليل لقول المصنف : وهذا قد مضى وتلاشى إذ لم يصادف محله ، وعدم مصادفته المحل هو الذى قد كان منع في أول السؤال فختم الجواب به مصادرة كما لا يخفى (قوله ولأن الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق) قال بعض الفضلاء : ظاهره مخالف لما سبق آنفا من قوله إذا الحق يثبت عند الموت ، إلا أن المراد هنا ثبوته بطريق الاستناد بخلاف ما سبق كما لا يخفى انتهى . أقول : منشأ توهم المخالفة الغفول عن قيد مجرد في قول المصنف وقبله يثبت مجرد الحق ، فإن المراد به الحق الذى لا يجمع الحقيقة وهو الحق الذى يمنع تصرف المورث في الثلثين قبل موته كما تقرر من قبل في تعليل عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بقوله ولأنه حق الورثة إلى آخره ، والمراد بالحق في قوله فيما سبق آنفا ، إذ الحق يثبت عند الموت هو الحق الجامع للحقيقة فلا مخالفة أصلا . وأما الحق الثابت بطريق الاستناد فإنما يتصور عند الموت لكون الاستناد فرع تحقق حقيقة الملك التى تثبت عند الموت فلا حاجة إلى أن يحمل على

محلها فصارت كإجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد . أجاب بقوله (غاية الأمر) يعنى أن حقهم وإن استند إلى أول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القائم : يعنى كما في العقود الموقوفة إذا لحقتها الإجازة ، وكتبوت الملك في الغصب عند أداء الضمان ، فإن الملك يثبت فيهما مستندا إلى أول العقد والغصب (وهذا) يعنى ما نحن فيه من الإجازة (قد مضى وتلاشى) حين وقع إذ لم يصادف محله فلا يلحقها الاستناد . وقوله (ولأن الحقيقة) دليل آخر تقريره حقيقة الملك للوارث تثبت عند الموت لا قبله ، وإنما يثبت قبله مجرد حق الملك

أن المرض علة تشبه الأسباب (قال المصنف : ولأن الحقيقة تثبت عند الموت ، وقبله يثبت مجرد الحق) أقول : ظاهره مخالف لما سبق آنفا من قوله إذ الحق يثبت عند الموت ، إلا أن المراد هنا ثبوته بطريق الاستناد ، بخلاف ما سبق كما لا يخفى .

فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله ، والرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة ، وكذا إن كانت الوصية للوارث وأجازة البقية فحكمه ما ذكرناه .

ذلك قول المصنف وقبله ثبت مجرد الحق ، بل لا وجه له بالنظر إلى ربط ما بعده به كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله فلو استند من كل وجه لا ينقلب حقيقة قبله) يعنى لو استند ملك الورثة إلى أول المرض من كل وجه لا ينقلب الحق حقيقة قبل الموت ، وذلك باطل لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت . قال صاحب العناية : وإنما قيد بقوله من كل وجه دفعا لوهم من يقول : حق الورثة يتعلق بمال المورث من أول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق إسقاطهم بالإجازة أيضا . وجه الدفع أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق في ذلك أيضا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر انتهى . أقول : لمنازع أن يمنع استلزام أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق إسقاطهم بالإجازة أيضا انقلاب الحق حقيقة أصلا فضلا عن استلزامه انقلابه إياها من كل وجه لجواز أن يظهر أثر ذلك التعلق مجرد تعلق حقهم بمال المورث من أول المرض في كلا الأمرين معا بدون أن ينقلب الحق حقيقة أصلا ، إذ لا ريب أن لزوم ذلك الانقلاب ليس بهديى ولم يتم عليه برهان ، ولهذا وقع على اعتبار إجازتهم قبل الموت أيضا اجتهد مالك وابن أبي ليلى والزهري والأوزاعي وعطاء وغيرهم كما ذكرنا . ثم قال صاحب العناية : فإن قيل : الوارث إذا عفا عن جراح أبيه قبل موت أبيه فإنه يصح ويلزم من ذلك أحد أمرين : إما أن لا يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة ، وإما أن لا يكون هذا القلب مانعا . أجيب بأن هذا القلب مانع إذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق بخلاف الإجازة ، فإن السبب لم يتحقق ثمة لأن السبب هو مرض الموت

(فلو استند) ملكه إلى أول المرض (من كل وجه لا ينقلب الحق حقيقة) وذلك باطل لوقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت ، وإنما قيد بقوله من كل وجه دفعا لوهم من يقول حق الوارث يتعلق بمال المورث من أول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق إسقاطهم بالإجازة أيضا . وجه الدفع أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق في ذلك أيضا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه ، وهو لا يجوز لما مر . فإن قيل : الوارث إذا عفا عن جراح أبيه قبل موت أبيه فإنه يصح ويلزم من ذلك أحد أمرين : إما أن لا يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة ، وإما أن لا يكون هذا القلب مانعا . أجيب بأن هذا القلب مانع إذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق ، بخلاف الإجازة فإن السبب لم يتحقق ثمة لأن السبب هو مرض الموت وهو المتصل بالموت ، فقبل الاتصال لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل ، فنحن بين أمرين : إما أن نبطل العفو عن الجراح نظرا إلى عدم الحقيقة ، وإما أن نجزئ الإجازة نظرا إلى وجود الحق وفي ذلك إبطال لأحدهما . فقلنا : لا يجوز الإجازة نظرا إلى انتفاء الحقيقة ، وجاز العفو نظرا إلى وجود الحق ، ولم نعكس لكون العفو مطلوب الحصول . وقوله (والرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة) جواب عما يقال الإجازة إسقاط من الوارث لحقه برضاه فكان كسائر الإسقاطات وفيه لارجع فكذا فيها . ووجهه أنه قد عرف أن ثمة حقا وحقيقة ، وإنما رضى ببطلان الحق لا ببطلان الحقيقة لأن الرضا ببطلانها يستلزم وجودها ولا وجود لما قبل السبب . وقوله (وكذا إن كانت الوصية للوارث) ظاهر .

(قال المصنف : فلو استند من كل وجه) أقول : لو حذف هذه الشرطية واكتفى بقوله والرضا ببطلان الحقيقة الخ كما في الكافي لكان له وجه (قال المصنف : ينقلب حقيقة قبله) أقول : في الملازمة كلام (قوله فلو استند إلى أول المرض) أقول : فيه بحث (قوله فإن قيل : الوارث إذا عفا عن جراح أبيه) أقول : أى جراح خطأ (قوله وإما أن لا يكون هذا القلب مانعا) أقول : الأولى : وإما أن لا يصلح هذا العفو أو تبديل مانعا بقوله باطلا فتأمل ، فإن لما في الكتاب وجهها ظاهرا ، ثم قوله هذا القلب : يعنى لزوم القلب ، وقوله مانعا : يعنى عن صحة الإجازة (قوله لأن السبب هو مرض الموت وهو المتصل بالموت) أقول : وكذلك السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق ، ولذلك قال : فنحن بين أمرين الخ (قوله وفي ذلك إبطال أحدهما) أقول : يعنى الحقيقة .

(وكل ما جاز بإجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصى) عندنا ، وعند الشافعى من قبل الوارث ، والصحيح قولنا لأن السبب صدر من الموصى ، والإجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض فصار كالمترهن إذا أجاز بيع الراهن .

ومرض الموت هو المتصل بالموت ، فقبل الاتصال لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فنحن بين أمرين : إما أن نبطل العفو عن الجرح نظرنا إلى عدم الحقيقة ، وإما أن نجيز الإجازة نظرا إلى وجود الحق ، وفي ذلك إبطال لأحدهما ، فقلنا : لا تجوز الإجازة نظرا إلى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظرا إلى وجود الحق ، ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول اه . أقول : فيه خلل ، لأن قوله فنحن بين أمرين الخ مفرعا على ما قبله ليس بسديد . أما أولا فلأن قوله وإما أن نجيز الإجازة نظرا إلى وجود الحق مما لا مجال له بعد أن قررنا قبل أن ذلك يستلزم انقلاب الحق حقيقة ، وأن انقلاب الحق حقيقة مانع إذا لم يتحقق السبب لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب ، وإن السبب لم يتحقق في صورة الإجازة قبل الموت بناء على أن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت . وأما ثانيا فلأن قوله ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول غير تام لانتفاءه جواز العكس أولا كون العفو مطلوب الحصول ، مع أن ما قرره فيما قبل وما ذكر في الكتاب يمنعان جواز ذلك أصلا . وبالحملة لا مجال لربط قوله فنحن بين أمرين الخ بما ذكره نفسه فيما قبله بل بما ذكر في الكتاب أيضا ، فالوجه ترك ذلك والاكتفاء في الجواب عن النقض بصحة عفو الوارث عن جرح أبيه قبل موت أبيه بما ذكره قبله كما فعله صاحب النهاية ومعراج الدراية . ثم إن بعض الفضلاء أورد على قوله لأن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت بأن قال : وكذا السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق . وقال : ولذلك قال فنحن بين أمرين الخ انتهى . أقول : ليس شيء من كلاميه بمستقيم . أما نقضه بالجرح فلأن الجرح فعل واحد صادر عن الجرح لا تكرر فيه إلى أن يموت المجرع حتى يقال : إن السبب هو الجرح المتصل بالموت : بل إنما السبب هو الجرح الواحد الصادر عن الجرح ، إلا أنه يحتمل أن يكون قاتلا وغير قاتل ، وبالموت يظهر أنه قاتل ، بخلاف المرض فإنه حالة انفعالية تكرر وتتجدد إلى الموت ، فالقاتل منها هي التي تتصل بالموت فهي السبب للموت فافترقا . وأما قوله ولذلك قال فنحن بين أمرين الخ فلأن فاء التفريع تنافي ذلك كما لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام (قوله وكل ما جاز بإجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصى عندنا وعند الشافعى من قبل الوارث)

وقوله (وكل ما جاز بإجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصى) ذكره تعريفا على مسألة القدورى . وجه قول الشافعى رحمه الله أن بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكا للوارث ، لأن الميراث يثبت للوارث بغير قبوله ولا يرتد برده ، فإجازته تكون إخراجا عن ملكه بغير عوض ، وذلك هبة لانتم إلا بالقبض . ولنا أن الموصى صدر منه السبب ، وكل من صدر منه السبب يثبت منه الملك ، وكل ذلك ظاهر فالموصى له يتملك من الموصى . وقوله (والإجازة رفع المانع) جواب عن جعل الإجازة إخراجا عن الملك : يعنى أن الإجازة ليست بسبب للخروج عن الملك وإنما هو رفع للمانع . وقوله (وليس من شرطه القبض) رد لكونها هبة فكأنه يقول : لو كان هبة لكان القبض شرطا وهو ممنوع فصار مانع فيه ، كالمترهن إذا أجاز بيع الرهن في كون السبب صدر من الراهن والمالك للمشتري يثبت من قبله ، فإجازة المترهن رفع المانع . وعورض بأن الوارث إن أجاز الوصية في مرض موته كان من ثلث ماله ، وذلك يدل على كونه مالكا فيكون التملك من جهته . وأجيب بأن الوارث كان له حق أسقطه بالإجازة ، وإسقاط الحقوق المانية معتبر من الثلث وإن لم يكن تملكيا كما اعتق ، والفائدة تظهر فيما إذا أجاز في مشاع يحتمل القسمة لأن الإجازة صحيحة وتصير ملكا للموصى له قبل التسليم ويجبر الوارث على التسليم بعدها عندنا ، ولو كان التملك من جهة الوارث

(قوله وقوله وليس من شرطه القبض رد لكونها هبة) أقول : كيف يكون ردا ، إذ الشافعى يقول : يكون القبض من شرطه

قال (ولا تجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا بعد أن كان مباشرا) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا وصية للقاتل » ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث . وقال الشافعي :

قال صاحبها النهاية والعناية : وجه قول الشافعي إن بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مما وكال للوارث لأن الميراث يثبت للوارث من غير قبوله ولا يرتدّ برده ، فجازته تكون إخراجا عن ملكه بغير عوض ، وذلك هبة لا تتم إلا بالقبض انتهى . وهكذا ذكر في الكافي أيضا . أقول : قد قصرنا في تقرير وجه قول الشافعي في مسئلتنا هذه حيث قيدوا المال الذي صار مملوكا للوارث بنفس الموت بقدر الثلثين فلزم أن لا يمتشي فيها إذا كان ما أجازته الوارث أقل من قدر الثلث أو كان قدر الثلث كما في صورة إجازته الوصية لو ارث أو قاتل بأقل من الثلث أو بالثلث ، فإن الحكم في تلك الصورة أيضا داخل في كلية مسئلتنا هذه مع عدم جريان ما ذكروا من الدليل للشافعي فيها كما ترى . فالأولى في بيان وجه الشافعي هنا ما ذكر في معراج الدراية من أن الشارع أبطل الوصية بما زاد على الثلث وللوارث وللقاتل والإجازة لا تعمل في الباطل فتكون هبة مبتدأة لأنها تمليك بلا عوض اهـ فإنه يعم الكل ثم إن الصحيح في هذه المسئلة قولنا لما ذكر في الكتاب (قوله ولا تجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا بعد أن كان مباشرا لقوله عليه الصلاة والسلام « لا وصية للقاتل ») أقول : لقاتل أن يقول : إن هذا الحديث مما يعارضه إطلاق قوله تعالى - من بعد وصية يوصي بها أو دين - وعموم قوله صلى الله عليه وسلم « إن الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها حيث شئتم » أو قال « حيث أحببتكم » كما مر . ثم إن هذا الحديث من قبيل أخبار الآحاد فلا يصلح أن يكون مقيدا لإطلاق الكتاب قط على ما عرف في أصول الفقه ، وإن صلح أن يكون مخصصا لعموم ذلك الحديث الآخر فإنما يتصور ذلك عند ثبوت تأخر ورود هذا الحديث عن ورود ذلك الحديث وهو ليس بثابت قط ، فإذا لم يعلم التاريخ يحمل على المقارنة فيلزم أن يتعارضا ويتساقطا في حق الوصية للقاتل كما هو مقتضى قاعدة الأصول على ما عرف في محله ، فنأين يتم الاستدلال بهذا الحديث على عدم جواز الوصية للقاتل ؟ قال في البدائع : قال مالك : تصح الوصية للقاتل ، واحتج بما ذكرنا من الدلائل لجواز الوصية في أول الكتاب من غير فصل بين القاتل وغيره . ثم قال : ولنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا وصية لقاتل » وهذا نص ، ويروى أنه قال « ليس لقاتل شيء » . ذكر شيء نكرة في محل النفي فيعم الميراث والوصية جميعا ، وبه تبين أن القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية انتهى . أقول : ليت شعري من أين تبين أن القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية ، ومن شرط التخصيص أن يكون المخصص متأخرا عن العام في الوجود وهو لم يثبت قط ، ولو ثبت تأخر هذا الحديث لم يصلح أن يكون مخصصا لكتاب الله تعالى لكونه خبر الواحد ، ومن الدلائل المذكورة في أول الكتاب لجواز الوصية من غير فصل بين القاتل وغيره كتاب الله تعالى كما عرفته فكيف يكون القاتل مخصوصا منه (قوله ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث) قال في العناية : ورد بأن حرمان الإرث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين . وأجيب بأن حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة مقاسمة قاتل أبيهم في تركته والموصى له

انعكست هذه الأحكام لكون الإجازة حينئذ هبة . قال (ولا تجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا الخ) لا تجوز الوصية لمباشر القتل عامدا كان أو خاطئا لقوله صلى الله عليه وسلم « لا وصية للقاتل » (ولأنه استعجل ما أخره الله فيحرم الوصية كما يحرم الميراث) ورد بأن حرمان الإرث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين . وأجيب بأن حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة مقاسمة قاتل أبيهم في تركته والموصى له يشاركه في هذا المعنى فجاز القياس عليه ، والمشابهة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملزم ، ولعل التفصي عن عهدة كونه قياسا على طريقتنا عسر جدا ، وسلوك طريق الدلالة أسهل (وقال الشافعي

(قوله لانعكست هذه الأحكام) أقول : كما عند الشافعي (قال المصنف : ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية) أقول : فيه تأمل ، فإن هذا مذهب المعتزلة ، والأجل عندنا واحد . والجواب أنا لا نقول : الغيد قطع عليه الأجل كما تقوله المعتزلة بل نقول كما قلنا في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام « الصدقة تزيد في العمر » (قوله مقاسمة قاتل أبيهم) أقول : مثلا (قوله وسلوك طريق الدلالة أسهل) أقول : نعم لو ثبت شرط الدلالة ، وذلك محل نظر .

تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف إذا أوصى لرجل ثم إنه قتل الموصى تبطل الوصية عندنا . وعنده لا تبطل .
والحجة عليه في الفصلين ما بيناه (ولو أجازتها الورثة جاز عند أبي حنيفة ومحمد ،

يشاركه في هذا المعنى فجاز القياس عليه ، والمشاكلة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم انتهى . أقول : لا الرد شيء ولا الجواب . أما الأول فلأن التعليل المذكور في الكتاب لا يدل على قياس الحرمان من الوصية مطلقا على الحرمان من الميراث حتى يرد بأن حرمان الإرث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الصورتين المزبورتين ، بل إنما يدل على قياس حرمان القاتل من الوصية على حرمانه من الميراث لعل الاستعجال بفعل محظور وهو القتل ، ولا شك أن هذه العلة غير متحققة في صورتي الرق واختلاف الدين فلا يجرى هذا القياس فيهما . وأما الثاني فلأن كون حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايضة الورثة مقاسمة قاتل مورثهم في تركته ممنوع ، كيف ولو كان الأمر كذلك لحاز أن يرث القاتل عند إجازة سائر الورثة إياه وتركهم المغايضة ، كما جازت الوصية له عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله إذا أجازها الورثة وليس كذلك كما صرحوا به . وأيضا لو كان الأمر كذلك لزم أن لا يحرم القاتل عن الميراث إذا لم يكن للمقتول وارث غير القاتل وليس كذلك قطعا . والحق أن سبب حرمان القاتل عن الميراث صدور جنابة عظيمة منه وهي القتل بغير حق ، فإنه يستدعي العقوبة بأبلغ الوجوه ، وقد جعلها الشرع حرمانه عن الميراث ، والقاتل الموصى له يشاركه في هذا المعنى ، فجاز قياس حرمانه عن الوصية على حرمانه عن الميراث وإليه أشار المصنف بقوله ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى : يعني استعجله بارتكاب جنابة عظيمة فيحرم الوصية كما يحرم الميراث ، وقد صرح به صاحب البدائع حيث قال : ولأن القتل بغير حق جنابة عظيمة فيستدعي الزجر بأبلغ الوجوه ، وحرمان الوصية يصلح زاجرا كحرمان الميراث فيثبت انتهى . ثم قال صاحب العناية : ولعل التفصي عن عهدة كونه قياسا على طريقتنا عسر نجدا وسلوك طريق الدلالة أسهل انتهى . أقول : فيه بحث ، لأن من شرط طريق الدلالة أن يكون المعنى الذي كان الحكم لأجله في المنطوق متحققا في الملحق بالدلالة بطريق الأولوية أو بالتساوي ، وتحقق ذلك فيما نحن فيه بطريق المذكور ممنوع على أصل أبي حنيفة ومحمد ، فإن المعنى المتقضى لحرمان القاتل عن الميراث لا يتغير ولا يتكسر بإجازة الورثة أصلا ولهذا لا يرث القاتل سواء أجازها الورثة أو لم تجزه بخلاف المعنى المتقضى لحرمانه عن الوصية فإنه يتغير ويتكسر بإجازة الورثة عند أبي حنيفة ومحمد ولهذا تصح الوصية له عندهما إذا أجازتها الورثة كما ستطلع عليه عن قريب فكان ذلك المعنى في حق الميراث أقوى منه في حق الوصية عندهما فلم يوجد شرط طريق الدلالة في شأن الوصية على أصلهما ثم أقول : « هنا احتمال آخر وهو أن لا يكون مراد المصنف بقوله كما يحرم الميراث القياس الفقهي ولا الإلحاق بطريق الدلالة بل كان مراده به مجرد التنظير والتشبيه ،

رحمه الله : تجوز الوصية للقاتل) مطلقا لأنه أجنبي منه فصحت له كما صحت لغيره (وعلى هذا الخلاف) بيننا وبينه (إذا أوصى لرجل ثم إنه قتل الموصى تبطل الوصية عندنا ، وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين) يعني فيما إذا كان القتل قبل الوصية أو بعدها (ما بيناه) يعني من الحديث فإنه بإطلاقه لا يفصل بين تقدم الجرح على الوصية وتأخره عنها ، ومن المعقول الذي ذكره واعترض عليه بأن ذلك صحيح إذا كان القتل بعد الوصية . وأما إذا كان الجرح قبلها فلا استعجال ثمة . وأجيب بجعل الجرح مستعجلا وإن تقدم جرحه على الوصية لما ذكر شيخ الإسلام رحمه الله أن المعتبر في كون الموصى له قاتلا أو غير قاتل لجواز الوصية وفسادها يوم الموت لا يوم الوصية . فبالنظر إلى وقت الموت كان القتل مؤخرا عن الوصية . واعترض بنقض إجمال بأن ما ذكرتم لو صح بجميع مقدماته لما عتق المدبر إذا قتل مولاه لأن التدبير وصية وهي لا تصح للقاتل . وأجيب بأن عتقه من حيث أن موته جعل شرطا لعتقه وقد وجد ، ولكن يسعى المدبر في جميع قيمته لأنه تعذر الرد من حيث الصورة لوجود شرط العتق الذي لا يقبل الرد فيرد من حيث المعنى بل يجاب السعاية (ولو أجازت الورثة الوصية للقاتل جاز عند أبي حنيفة ومحمد .

وقال أبو يوسف : لا تجوز) لأن جنائته باقية والامتناع لأجلها . ولهما أن الامتناع لحق الورثة لأن نفع بطلانها يعود إليهم كمنع بطلان الميراث ، ولأنهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لأحدهم . قال (ولا تجوز لوارثه) لقوله عليه الصلاة والسلام « إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه » ألا لا وصية لوارث « ولأنه يتأذى البعض بإيثار البعض في تجويزه قطعية الرحم ولأنه حيف بالحديث الذي روينا . ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لأنه تملك مضاف إلى ما بعد الموت ، وحكمه يثبت بعد الموت

وبدل عليه أنه لو لم يذكر قوله كما يحرم الميراث لم دليله العقلي بلا احتياج إليه فإن استعجال القاتل ما أخره الله تعالى جرم عظيم يستدعي حرمانه عن الوصية مع قطع النظر عن استدعائه حرمانه عن الميراث وعلى هذا المعنى لا يتوهم الرد المذكور أصلا وتسقط الكلمات المتعلقة به بخلافها كما لا يخفى (قوله ولهما أن الامتناع لحق الورثة لأن نفع بطلانها يعود إليهم كمنع بطلان الميراث) أقول : : أرى دليلهما هذا ضعيفا جدا ، فإن قوله إن الامتناع لحق الورثة ليس بظاهر على الإطلاق ، إذ قد تقرّر فيما مرّ أن الشرع لم يعتبر تعلق حقهم بقدر الثلث ولهذا جازت الوصية بهذا القدر للأجانب وإن لم يجزها الورثة ، وفيما نحن فيه لم تجز الوصية بشيء للقاتل بدون إجازة الورثة فكيف يتصور أن يكون الامتناع في قدر الثلث أيضا لحقهم . ثم إن تعليل ذلك بقوله لأن نفع بطلانها يعود إليهم كمنع بطلان الميراث ليس بتام ، لأن مجرد عود نفع بطلانها إليهم لو اقتضى كون الامتناع في الوصية لحقهم لا يقتضى كونه في الإرث أيضا لحقهم ، فلزم أن يجوز إرث القاتل أيضا بإجازتهم عندهما ولم يقل به أحد . قال في العناية : فإن قيل : ما الفرق بينها وبين الميراث إذا أجازت الورثة حيث صحت في الوصية دون الميراث . أجب بأن الإجازة تصرف من العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه ، بخلاف الميراث فإنه من جهة الشرع لا يصنع للعبد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن الكلام هنا ليس في نفس الوصية والميراث حتى يتم الفرق بينهما بأن أحدهما من جهة العبد والآخر من جهة الشرع ، بل إنما الكلام هنا في أن حرمان القاتل عن الوصية كحرمانه عن الميراث أم لا ، ولا شك أنه لا فرق بين حرمانه عن الوصية وحرمانه عن الميراث في كونهما من جهة الشرع نظرا إلى دليلهما ، وفي كونها من جهة العبد نظرا إلى صدور سببهما وهو القتل عن العبد ، فما معنى أن تعمل الإجازة التي هي تصرف من العبد في ارتفاع أحدهما دون الآخر ، وبعبارة أخرى إن الميراث وإن كان من جهة الشرع بدون صنع العبد إلا أن حرمان القاتل عنه كان من جهة العبد حيث باشر القتل ، فكان فعله هذا مانعا عن ميراثه من المقتول فلم لا تجوز أن تعمل الإجازة في رفع هذا المانع الذي كان من جهته وبصنعه (قوله ولأنه حيف بالحديث الذي روينا) قال صاحب العناية : قوله بالحديث الذي روينا إشارة إلى ما تقدم في كتاب الهبة فيمن خصص بعض أولاده في العطية انتهى . أقول : هذا خبط ظاهر من الشارح المزبور إذ لم يتقدم من المصنف في كتاب الهبة ذكر حديث في حق من خصص بعض أولاده في العطية ، بل لم يتقدم منه ثمة ذكر تلك المسئلة قط فكيف تتصور الحوالة عليه بها هنا . والصواب أن مراد المصنف هنا بقوله بالحديث الذي روينا هو الإشارة إلى ما ذكره في هذا الكتاب فيما مضى عن قريب بقوله وقد جاء في الحديث « الحيف في الوصية من أكبر الكبائر » وفسروه بالزيادة

وقال أبو يوسف لا يجوز لأن جنائته باقية والامتناع لأجلها . ولهما أن الامتناع لحق الورثة إلى آخر ما ذكر في الكتاب فإن قيل : ما الفرق بينها وبين الميراث إذا أجازت الورثة حيث صحت الوصية دون الميراث ؟ أجب بأن الإجازة تصرف من العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه ، بخلاف الميراث فإنه من جهة الشرع لا يصنع للعبد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد . وقوله (ولأنهم لا يرضونها) أي الوصية (للقاتل كما لا يرضونها لأحدهم) أي لأحد الورثة ، وفي الوصية لأحدهم إن أجازها البقية نفذت فكذا القاتل . وقوله (ولا تجوز لوارثه) أي لوارث الموصي (لقوله عليه الصلاة والسلام « إن الله أعطى كل ذي حق حقه » ألا لا وصية لوارث « ولأنه يتأذى البعض إلى آخر ما ذكر في الكتاب . وقوله (بالحديث الذي روينا) إشارة إلى ما تقدم في كتاب الهبة فيمن خصص بعض أولاده في العطية . وقوله (يعتبر كونه وارثا غير وارث وقت الموت)

(والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية) لأنها وصية حكما حتى تنفذ من الثلث ، وإقرار المريض للوارث على عكسه لأنه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الإقرار .

على الثلث وبالوصية للوارث انتهى (قوله وإقرار المريض للوارث على عكسه) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية : أى على عكس الوصية بتأويل الإيصاء . وقال صاحب العناية : أى على عكس الوصية بتأويل الإيصاء أو المذكور . ورد عليه التأويل الثانى بعض الفضلاء بأن قال : الوصية هى المذكورة بالهاء لا المذكور فالأولى أو ما ذكر انتهى . أقول : رده ساقط لأن الوصية إنما تكون هى المذكورة بناء التأنيث لا المذكور أن لو كان الألف واللام فى اسم المفعول حرف تعريف . وقد تقرر فى علم الأدب أن الألف واللام فى اسم الفاعل والمفعول عند غير الماضى من عامة أئمة العربية اسم موصول لاحرف تعريف وصلته اسم الفاعل أو المفعول : فحينئذ يصير لفظ المذكور فى معنى ما ذكر فيعود الضمير المستتر فى اسم الفاعل والمفعول إلى الموصول الذى هو الألف واللام ، ولا يازم إلحاق تاء التأنيث بصلته لعدم علامة التأنيث فى لفظ ذلك الموصول ، فإنه فى اللفظ مفرد مذكر صالح للمثنى والمجموع والمؤنث أيضا ككلمة «ما» وكلمة «من» كما صرحوا به . نعم يجوز إلحاقها باعتبار المعنى المراد بذلك هنا وهو الوصية ، لكن الأمر فى كلمة ما أيضا كذلك فلا فرق بين المذكور وما ذكر فى جواز تذكير الصلة نظرا إلى لفظ الموصول وجواز تأنيثها نظرا إلى المعنى المراد بالموصول . وعن هذا ترى ثقات أهل العربية يؤولون المؤنث الذى عبر عنه بضمير المذكر أو باسم الإشارة المذكر فى مواضع شتى من كتب علم البلاغة بل فى التفاسير أيضا بالمذكر . كما يؤولونها بما ذكر من غير فرق

ذكر فى فتاوى قاضى خان : ولو أوصى لإخوته الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية أثلاثا لأنهم لا يرثون مع الابن فإن كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للأخ لأب وللأخ لأم . وبطلت للأخ لأب وأم لأنه يرثه مع البنت ، وإن لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية كلها للأخ لأب لأنه لا يرثه ، وبطلت للأخ لأب وأم وللأخ لأم لأنهما يرثانه . وقوله (وإقرار المريض للوارث على عكسه) أى على عكس الوصية بتأويل الإيصاء أو المذكور : أى يعتبر فى الإقرار للوارث وقت الإقرار لا وقت الموت . ذكر فى النهاية أن اعتبار وقت الإقرار دون وقت الموت ليس على إطلاقه ، بل ذلك إذا كان كونه وارثا بسبب حادث . وأما إذا كان كونه وارثا بسبب كان وقت الإقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت أيضا . ثم بين ذلك فى مريض أقر لابنه العبد فأعتق فأتى الأب حيث صح الإقرار لأن وراثته ثبتت بسبب حادث وهو الإعناق وقبله كان عبدا وكسب العبد لمولاه فهذا الإقرار فى المعنى حصل للمولى وهو أجنبي . فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث . ولو أقر لأخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الأخ وارثا بطل إقراره عندها ، لأنه لما كان وارثا بسبب قائم وقت الإقرار تبين أن إقراره حصل لوارثه وذلك باطل ، هذا حاصل ما ذكره . وأرى أن إطلاق المصنف يغنى عن ذلك التطويل ، وذلك لأنه قال يعتبر فى إقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الإقرار والعبد ليس بوارث عند الإقرار لكونه محروما فلا يكون إقرارا للوارث وكلامنا فيه والأخ ليس بمحروم فيكون وارثا عند الإقرار وإن كان محجوبا ، والإقرار للوارث باطل .

(قوله بتأويل الإيصاء أو المذكور) أقول : الوصية هى المذكورة بالهاء لا المذكور ، فالأولى أو ما ذكر (قوله ثم بين ذلك فى مريض أقر لابنه العبد فأعتق فأتى الأب صح الإقرار) أقول : قوله أقر لابنه العبد الذى ليس عليه دين ، قال فى الكافى فى فصل فى اعتبار حالة الوصية قبيل باب العتق فى المرض ، وإذا أوصى المريض لابنه الكافر أو الرقيق أو وهب له وسلمه أو أقر له بدين فأسلم الابن أو عتق قبل موته بطل ذلك كله ، أما الوصية والهبة فلما مر أن المعتبر فيهما حال الموت ، وأما الإقرار وإن كان ملزما بنفسه ولكن سبب الإرث وهو البنوة قائم وقت الإقرار فيورث هبة الإقرار فصار باعتبار الهبة ملحقا بالوصايا ، وذلك كمن أقر لأخيه وله ابن فهلك الابن ثم هلك المقر والأخ المقر له وارثه أنه باطل لما قلنا انتهى . ولا يخفى عليك مخالفتنا لما ذكره صاحب النهاية فتأمل (قوله وكلامنا فيه والأخ ليس بمحروم) أقول : فيه بحث ، فإنه يقتضى أن لا تجوز الوصية للأخ ولا الإقرار له أصلا مع وجود الابن فليتأمل ، فإن مراده فيكون وارثا عند الإقرار بالتبين . وأما إذا لم يمت الابن تبين أنه ليس بموارث فيصح .

قال (إلا أن تجيزها الورثة) ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه ، ولأن الامتناع لحقهم فتجاوز بإجازتهم ؛

ثم إن كان المراد بقولهم بتأويل المذكور في أمثال هذا المقام أن يقال بتأويل الشيء المذكور على أن يقدر الموصوف المذكور كان الأمر أسهل ويرتفع الاشتباه بالكلية. ثم إن الشراح قاطبة قالوا في تفسير قول المصنف وإقرار المريض للوارث على عكسه : أى يعتبر في الإقرار للوارث وقت الإقرار لا وقت الموت . وقال صاحب النهاية بعد ذلك : إن اعتبار وقت الإقرار دون وقت الموت ليس على إطلاقه ، بل ذلك إذا كان كونه وارثا بسبب حادث ، وأما إذا كان كونه وارثا بسبب كان وقت الإقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت أيضا ، ثم بين ذلك في مريض أقر لابنه العبد فأعتق فات الأب حيث صح الإقرار لأن وراثته تثبت بسبب حادث وهو الإعناق وقبله كان عبدا وكسب العبد لمولاه ، فهذا الإقرار في المعنى حصل للمولى وهو أجنبي فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث . ولو أقر لأخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الأخ وارثا بطل إقراره عندنا لأنه لما كان وارثا بسبب قائم وقت الإقرار تبين أن إقراره حصل لوارثه وذلك باطل ، هذا حاصل ما ذكره . وقال صاحب العناية بعد نقل ما ذكر في النهاية على الوجه المزبور . وأرى أن إطلاق المصنف يغني عن ذلك التطويل وذلك لأنه قال : يعتبر في إقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الإقرار ، والعبد ليس بوارث عند الإقرار لكونه محروما فلا يكون إقرارا للوارث وكلامنا فيه والأخ ليس بمحروم فيكون وارثا عند الإقرار ، وإن كان محجوبا بالإقرار للوارث باطل انتهى . أقول : فيه نظر لأن مدار هذا التوجيه أن يكون مراد المصنف بالوارث ما يعم المحجوب ويقابل المحروم ، وليس بسديد ، إذ لو كان مراده بالوارث هنا ذلك لكان مراده به في قوله ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية أيضا ذلك ، وإلا لم يتم قوله وإقرار المريض للوارث على عكسه ، فإن أمر الانعكاس إنما يتحقق عند اتحاد المراد بالوارث ، ولو كان المراد بالوارث هناك أيضا ذلك لفسد المعنى ، إذ لا يخفى أن الموصى له إذا كان محجوبا عن الميراث عند موت الموصى تجوز الوصية له كما يدل عليه قطعا ما ذكره الإمام قاضيه خان في فتاواه ، ونقله الشراح بأسرهم عنه من قبل وهو أنه لو أوصى لإخوته الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية أثلاثا لأنهم لا يرثون مع الابن ، فإن كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للأخ لأب والأخ لأم ، وبطلت للأخ لأب وأم لأنه يرت مع البنت ، وإن لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية للأخ لأب لأنه لا يرثه ، وبطلت للأخ لأب وأم وللأخ لأم لأنهما يرثانه انتهى . فظهر أن المراد بالوارث هنا ما ثبت له الإرث بالفعل بأن لا يكون محروما ولا محجوبا فاحتيج إلى التقييد في صورة الإقرار بما ذكره صاحب النهاية . ثم إن صاحب الغاية رد على صاحب النهاية هنا بوجه آخر حيث قال : وذكر في وصايا الجامع الصغير : لو أن المريض أقر لابنه بدين وهو نصراني أو عبد ثم أسلم الابن أو أعتق العبد ثم مات الرجل فالإقرار باطل ، لأنه حين أقر كان سبب التهمة بينهما قائما وهو القرابة التي صار بها وارثا في ثاني الحال . ثم قال : فعن هذا عرفت أن ما ذكر بعضهم في شرحه سهو منه لا يصح نقله وهو أنه قال : أقر لابنه بدين وابنه عبد ثم أعتق ثم مات الأب وهو من ورثته فأقراره بالدين جائز لأن كسب العبد لمولاه ، فهذا الإقرار حصل من المريض في المعنى للمولى وهو أجنبي منه . أقول : الساهي هنا صاحب الغاية نفسه ، لأن ذلك البعض الذي نسب السهو إليه ، فإن المصنف ذكر ما ذكره ذلك البعض نقلا من كتاب الإقرار في فصل اعتبار حالة الوصية من باب الوصية بالثلث فيما ساقى . واعترف صاحب الغاية أيضا ثمة بأن المصدر الشهيد وغيره ذكروا ما ذكره المصنف هناك نقلا عن كتاب الإقرار ، فما قاله هنا من أنه سهو منه لا يصح لعله غفول عن ذلك وسهو من نفسه كما لا يخفى . نعم ما ذكره ذلك البعض هنا يخالف رواية وصايا الجامع الصغير لكن لا يلزم منه السهو ، فإنه بنى كلامه هنا على رواية كتاب الإقرار ، ومثل هذا ليس بغرير في كلمات الثقات . ثم إن تاج الشريعة بعد أن فسر قول المصنف

وقوله (إلا أن تجيزها الورثة) استثناء من قوله ولا تجوز لوارثه ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه من قوله صلى الله عليه وسلم « ألا لأوصية لوارث » . وقوله (ولأن الامتناع لحقهم) أى لحقهم الذى هو تأديهم بإثبات البعض دون البعض ، وبالتفسير على هذا الوجه يندفع ما قيل لو كان الامتناع لحقهم لحاز فيها دون الثلثين أجازوا أو لم يجيزوا لأنه لاحق لهم في الثلث كما في الوصية للأجنبي

ونو أجاز بعض ورد بعض تجوز على المحيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد . قال (ويجوز أن يوصى المسلم للكافر والكافر للمسلم) فالأول لقوله تعالى - لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين - الآية . والثاني لأنهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحياة فكذا بعد الممات (وفي الجامع الصغير الوصية لأهل الحرب باطلة) لقوله تعالى - إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين - الآية .

وإقرار المريض للوارث على عكسه بقوله : أى يعتبر كونه وارثا وغير وارث وقت الإقرار لازمان الموت . قال : فلو كان وقت الإقرار وارثا لا يصبح الإقرار وإن لم يكن وارثا زمان الموت ، ولولم يكن وقت الإقرار وارثا صح الإقرار وإن صار وارثا زمان الموت ، لأن الإقرار بإيجاب في الحال يملكه المقر له في الحال ويصح رده في الحال انتهى . أقول : فيه بحث . فإن قوله فلو كان وقت الإقرار وارثا لا يصبح الإقرار وإن لم يكن وارثا زمان الموت مما يتنافيه مانص عليه الإمام قاضيه خان في فتاواه في فصل لإقرار المريض من كتاب الإقرار حيث قال : ولو أقر لوارث ثم خرج من أن يكون وارثا بأن أقر الأخ له ثم ولد له ابن ثم مات المريض صح إقراره انتهى . ثم إن لبعض المتأخرين هنا كلمات مفصلة غير خالية عن الاختلال في بعض مواضعها تركنا ذكرها وبيان اختلالها مخافة من الإطنباء الممل (قوله قال ويجوز أن يوصى المسلم للكافر) قال في الكفاية : أراد به الذى بدليل التعليل . ، ورواية الجامع الصغير أن الوصية لأهل الحرب باطلة انتهى . أقول : فيه أن قوله ويجوز أن يوصى المسلم للكافر لفظ القدورى والتعليل ورواية الجامع الصغير إنما هما من كلام المصنف ، فكيف يصح جعل كلام المصنف دليلا على إرادة القدورى بالكافر الذى دون مطلق الكافر كما هو الظاهر من لفظه ، على أن المراد بأهل الحرب في رواية الجامع الصغير هو الحربى الغير المستأمن ، لأن لفظ الجامع الصغير هكذا الوصية لحربى هو فى دارهم باطلة كما ذكر فى الكافي وغيره فبقى الحربى المستأمن خارجا عن مسألة الجامع الصغير ، فكيف تكون رواية الجامع الصغير دليلا على كون المراد بالكافر فى لفظ الكتاب هو الذى دون مايم الحربى المستأمن ، وقد صرح فى المحيط وغيره بأنه يجوز أن يوصى المسلم للحربى المستأمن فى ظاهر الرواية كما يجوز أن يوصى للذى . نعم يجوز أن يكون اختصاص التعليل الذى ذكره المصنف بالذى دليلا على حمل المصنف مراد القدورى بالكافر على الذى ، وإن لم يكن دليلا على أن يكون مراد القدورى بذلك فى نفسه هو الذى . وأما ذكر المصنف رواية الجامع الصغير التى تختص بالحربى الغير المستأمن فلا يكون دليلا على حمل المصنف أيضا إياه على الذى فقط كما لا يخفى (قوله وفى الجامع الصغير الوصية لأهل الحرب باطلة) قال شراح الجامع الصغير : ذكر فى السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم ، فوجه التوفيق بين الروایتين أنه لا ينبغى أن يفعل ، وإن فعل جاز وثبت الملك لأنهم من أهل الملك انتهى .

قوله (ولو أجاز بعض) ظاهر . قال (ويجوز أن يوصى المسلم للكافر) وصية المسلم للكافر الذى وعكسها جائزة ، فأما الأول فلقوله تعالى - لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين - الآية ، نهى النهى عن البر لآلهم ، والوصية لهم بر لآلهم فكانت غير منبهة . وأما الثانى فلما ذكره فى الكتاب . وأما الوصية لأهل الحرب فى رواية الجامع الصغير باطلة ، وقالوا فى شرح الجامع الصغير : إنه ذكر فى السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم . ووجه التوفيق بين الروایتين أنه لا ينبغى أن يفعل ، وإن فعل ثبت الملك لهم لأنهم من أهل الملك . وأما وصية الحربى بعد ما دخل دارنا بأمان فإنها جائزة ، لأن له ولاية تملك ماله فى حياته فكذا بعد وفاته ، خلا أنه لا فرق بين وصيته بالثلث وبجميع ماله ، لأن منع المسلم عما زاد على الثلث لحق ورثته المسلمين لأنه

(قال المصنف : والثانى لأنهم بعقد الذمة ساووا المسلمين فى المعاملات) أقول : لا اختصاص لهذا الدليل بالثانى ، بل يعم الأول أيضا (قوله وإنما جعل هذا التصديق أفضل (١)) أقول : فيه بحث .

قال (وقبول الوصية بعد الموت فإن قبلها الموصى له حال الحياة أو ردّها فذلك باطل) لأن أو ان ثبوت حكمة بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد . قال (ويستحب أن يوصى الإنسان بدون الثلث) سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء ، لأن في التنقيص صلة القريب بترك ما له عليهم ، بخلاف استكمال الثلث ،

واقفني أثرهم صاحب الكافي وشراح هذا الكتاب . أقول : والإنصاف أن لفظة باطلة في عبارة الجامع الصغير مما يأتي التوفيق المذكور جدا ، إذ قد تقرر عندهم أن الباطل من العقود لا يفيد الملك ، بخلاف الفاسد منها فإنه يفيد الملك عند تحقق القبض ، فلو كان المذكور في الجامع لفظة فاسدة بدل لفظة باطلة لكان لذلك التوفيق وجه وليس فليس . ثم أقول : لعل الحق هنا رأى صاحب المحيط ، فإنه لم يقبل قولهم ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربي ، بل نقل ما ذكر في السير الكبير واستنبط منه بطلان الوصية للحربي حيث قال : وفي شرح الطحاوي قالوا : وذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربي . واختلف المشايخ فيه : منهم من وفق بين ما ذكر في الأصل وبين ما ذكر في السير الكبير فقال : لا ينبغي للمسلم أن يوصى للحربي كما ذكر في الأصل ، ولكن لو فعل جازت وثبت الملك للموصى له كما ذكر في السير الكبير . ومنهم من قال في المسئلة روايتان ، هكذا قالوا . والمذكور في السير الكبير أن الوصية للحربي باطلة ، والصورة المذكورة ثمة لو أوصى مسلم لحربي والحربي في دار الحرب لا تجوز فإن خرج الحربي الموصى له إلى دار الإسلام بأمان وأراد أخذ وصيته لم يكن له من ذلك شيء وإن أجازت الورثة لأن الوصية وقعت بصفة البطلان فلا تعمل إجازة الورثة فيها ، فقد نص على عدم الجواز في أصل المسئلة ونص على البطلان في الفرع وأنه دليل على بطلانها ، إلى هنا لفظ المحيط فتأمل . ثم إن صاحب الدرر والغرر بعد أن ذكر التوفيق المسار الذكر في عامة الكتب وعزاه إلى الكافي والنهاية قال : أقول لا يخفى بعده ، بل وجه التوفيق ما يدل عليه قول الجامع الصغير وهو في دارهم فإنه احتراز عن حربي ليس في دارهم وهو المستأمن ، فإن الحربي مادام في دار الحرب ممن يقاتلنا بخلاف المستأمن فإنه ليس كذلك ، وهو المراد مما ذكر في السير الكبير ، انتهى كلامه . أقول : هذا كلام عجيب ، فإن لفظ السير الكبير على ما نقله صاحب المحيط : لو أوصى مسلم لحربي والحربي في دار الحرب لا يجوز انتهى ، فكيف يمكن أن يكون المستأمن هو المراد مما ذكر في السير الكبير (قوله وقبول الوصية بعد الموت ، فإن قبلها الموصى له حال الحياة أو ردّها فذلك باطل) قال بعض المتأخرين : لا يخفى أن بيان وقت القبول حقه أن يقدم على بيان وجوب القبول فينبغي أن يقدم قوله فالموصى به يملك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت فضلا عن أن يتوسط بينهما مسألة استحباب الوصية بما دون الثلث اهـ . أقول : خبط ذلك القائل في تحريره هذا خبط عشواء ، لأن بيان وقت القبول إن كان حقه أن يقدم على بيان وجوب القبول فكيف يصح قوله فينبغي أن يقدم قوله فالموصى به يملك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت ، لأن الذي ينبغي أن يقدم إنما هو ما حقه أن يقدم وهو بيان وقت القبول على مقتضى صريح كلامه المذكور ، فيلزم أن يكون الذي ينبغي عكس ما ذكره وذلك عين ما وقع في كلام المصنف ، فكأنه أراد أن يقول : لا يخفى أن بيان وجوب القبول حقه أن يقدم على بيان وقت القبول فخطب في تحريره حيث عكس الأمر (قوله ويستحب أن يوصى الإنسان بدون الثلث سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء ، لأن في التنقيص صلة القريب بترك ما له عليهم) أقول : لقائل أن يقول : كما أن في التنقيص صلة القريب كذلك في التكيل

معصوم عن الإبطال وورثة الحربي ليست كذلك . وقوله (وقبول الوصية بعد الموت) على ما ذكره في الكتاب ظاهر ، والقبول ليس بشرط لصحة الوصية ، وإنما هو شرط ثبوت الملك للموصى له ، والوصية شبه بالميراث من حيث أنها تملك بالموت ، وشبه بالهبة من حيث أنها تملك بتمليك الغير ، فاعتبرنا شبه الهبة في حق القبول مادام يمكننا من الموصى له قلنا : لا تملك قبل القبول ، واعتبرنا شبه الميراث بعد القبول قلنا إنه يملكها بعده من غير قبض عملا بالشبهين بقدر الإمكان . وإن مات الموصى له من غير رد وقبول فقد ذكر في الكتاب أن الوصية تبطل قياسا ، ويلزم ذلك ورثة الموصى له ردوا أو قبلوا في الاستحسان . وقوله (ويستحب أن يوصى الإنسان) واضح . وحاصله أن التقليل في الوصية أفضل ، ولأيه الإشارة في قوله « إنك أن تدع عيالك »

لأنه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ، ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها ؟ قالوا : إن كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح » ولأن فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا ،

صدقة على الأجنبي . وفيما إذا كانت الورثة أغنياء كانت الصلة لهم هبة منهم ، فالصدقة أولى من الهبة كما سيجيء التصريح به في تعليل كون الوصية بدون الثلث أولى من تركها فيما إذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم : فينبغي أن يكون التكميل أيضا أولى من التنقيص فيما إذا كانت الورثة أغنياء لتلك العلة فما وجه التعميم هنا . والجواب أن في التنقيص أصل صلة القريب لا زيادتها ، وفي التكميل زيادة الصدقة لا أصلها لتحقيق أصلها بما دون الثلث بدون التكميل ، ففي اختيار التكميل تفويت صلة القريب عن أصلها : أى بالكلية ، وإيس في التنقيص تفويت الصدقة بالكلية بل فيه تفويت بعضها ، فكان في اختيار التنقيص العمل بالفضيلتين معا فضيلة الصدقة وفضيلة صلة القريب ، وفي اختيار التكميل العمل بفضيلة واحدة فقط وهى فضيلة الصدقة ولا ريب أن العمل بهما معا أولى من العمل بأحدهما فقط (قوله ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها) أقول : ولقائل أن يقول : قد حكم فيما مرّ آنفا بأن الوصية بدون الثلث مستحبة سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء ، ولا شك أن المستحب هو الذى كان فعله أولى من تركه فما معنى التردد هنا بأن الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها والتفصيل بقوله قالوا إن كانت الورثة فقراء الخ . والجواب أن الاستحباب في قوله سابقا ويستحب أن يوصى الإنسان بدون الثلث ليس بناظر إلى قوله أن يوصى الإنسان بل إلى قوله بدون الثلث : أى مصب الإفادة في ذلك الكلام قيده لا نفسه ، فآل معناه إلى أن التنقيص عن الثلث في الوصية مستحب مطلقا ، وهذا إنما يقتضى أن يكون التنقيص من الثلث في الوصية أولى من التكميل مطلقا ولهذا قال المصنف في تعليقه : لأن في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم ، وهذا المعنى لا ينافى أن يكون ترك الوصية بالكلية أولى من التنقيص عن الثلث أيضا في بعض الصور ، فبين المصنف ذلك بما قالوا : إن كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فتركها بالكلية أولى ، وإن كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى ، فلم يكن تردده وتفصيله هاهنا مخالفا لما سبق آنفا ، بل كان بملاحظة ذلك ورعايته على حاله . هكذا ينبغي أن يفهم هذا المقام (قوله لما فيه من الصدقة على القريب ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح ») والكاشح : العدو الذى أولى كشمه ، وهو ما بين الخاصرة إلى الضلع . وقيل الكاشح : هو الذى أضمر العداوة في كشمه . وإنما جعل هذا التصديق أفضل لأن في التعصّدق عليه مخالفة النفس وقهرها ، كذا في العناية وغيرها . أقول : فيه شيء ، وهو أن الحديث حينئذ إنما يدل على أفضلية الصدقة على ذى الرحم الكاشح لا على أفضلية الصدقة على القريب مطلقا كما هو المطلوب فلا يتم التقريب ، وقد تنبه له بعض الفضلاء حيث قال : هذا الحديث لا يفي بتمام المدعى ولذلك لم يصدره بأداة التعليل ، إلا أن قوله ولذلك لم يصدره بأداة التعليل لا يجدى نفعا ، لأن ذلك الحديث في مقام التعليل هنا سواء صدره بأداة التعليل أو لم يصدره بها ، ولهذا صدره صاحب الكافي باللام حيث قال : لقوله عليه الصلاة والسلام « أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح » ثم إن بعض المتأخرين كأنه قصد دفع ذلك القصور وإصلاح المقام فقال في شرح قول المصنف لما فيه من الصدقة على القريب : هذا قياس من الشكل الأول كبراه مطوية وهى وكل صدقة على القريب أولى من الصدقة على غيره أقبا دليلها مقامها وهو قوله وقد قال عليه الصلاة والسلام « أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح »

الحديث ، ومعناه ورثتك أقرب إليك من الأجانب ، فترك المال لهم خير من الوصية ، وهو مروى عن أبي بكر وعمر قالوا : لأن يوصى بالخمس أحب إلينا من أن يوصى بالربع ، ولأن يوصى بالربع أحب إلينا من أن يوصى بالثلث . والكاشح : العدو الذى أولى كشمه ، وهو ما بين الخاصرة إلى الضلع . وقيل الكاشح : الذى أضمر العداوة في كشمه ، وإنما جعل هذا التصديق أفضل لأن في التصديق

(قال المصنف : وقد قال النبى عليه الصلاة والسلام « أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح ») أقول : هذا الحديث لا يفي بتمام المدعى ولذلك

وإن كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى لأنه يكون صدقة على الأجنبي ، والترك هبة من القريب والأولى أولى لأنه يبتغى بها وجه الله تعالى . وقيل في هذا الوجه بخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة والصلة فيخير بين الخيرين . قال (والموصى به يملك بالقبول) خلافا لزفر ، وهو أحد قولي الشافعي . هو يقول : الوصية أخت الميراث ، إذ أكل منهما خلافة لما أنه انتقال . ثم الإرث يثبت من غير قبول فكذلك الوصية . ولنا أن الوصية لإثبات ملك جديد ، ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب . ولا يرد عليه بالعيب ، ولا يملك أحد لإثبات الملك لغيره إلا بقبوله . أما الورثة فمخالفة حتى يثبت فيها هذه الأحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول . قال (إلا في مسألة واحدة وهي أن يموت الموصى ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته) استحسانا . والقياس أن تبطل الوصية لما بينا أن الملك موقوف على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد إيجاب البائع . وجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصى قد تمت بموته تماما لا يلقحها الفسخ من جهته . وإنما توقفت لحق الموصى له . فإذا مات دخل في ماكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري إذا مات قبل الإجازة .

فإنه بصريحه يدل على أفضلية الصدقة على ذي رحم كاشح من الصدقة على ذي رحم غير كاشح . وتخصيص الكاشح بذي الرحم يدل على أفضلية الصدقة على ذي الرحم منها على غير ذي الرحم انتهى . أقول : ليس ذلك أيضا بتمام فإننا إن أعرضنا عن منع قوله فإنه بصريحه يدل على أفضلية الصدقة على ذي الرحم كاشح من الصدقة على ذي رحم غير كاشح نمنع جدا قوله وتخصيص الكاشح بذي الرحم يدل على أفضلية الصدقة على ذي الرحم على غير ذي الرحم ، فإن تخصيص الكاشح بذي الرحم إنما يدل على أن يكون التصديق على ذي الرحم تأثير في أفضلية الصدقة ، كما أن لكونه كاشحا تأثيرا فيها . ولا يلزم منه أن يكون التصديق على ذي الرحم الغير الكاشح أفضل من التصديق على غير ذي الرحم الكاشح . لأن في كل منهما انتفاء أحد سببي الأفضلية المستفادين من الحديث الشريف ، فنأين يعلم أفضلية أحدهما من الآخر تأمل تقف (قوله وإن كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى لأنه يكون صدقة على الأجنبي ، والترك هبة من القريب والأول أولى) أقول : لما منع أن يمنع كون الوصية صدقة على الأجنبي مطلقا ، إذ الأجنبي الموصى له قد يكون غنيا أيضا فلم يثبت أولوية الوصية من تركها على الإطلاق فيها إذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فتدبر (قوله ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب) قال جماعة من الشراح منهم صاحب العناية : صورة الأول أن يشتري المريض شيئا ويوصى به لرجل ثم الموصى له يحده معيا فإنه لا يرد عليه على بائعه . وصورة الثاني أن يوصى بجميع ماله لإنسان ثم باع شيئا من التركة ووجد المشتري به عيبا لا يرد عليه على الموصى له انتهى . أقول : في تصوير الثاني بما ذكر نظر . لأن الموصى إذا باع شيئا من الموصى به يصير راجعا عن وصيته كما سيحكي تفصيله عن قريب .

عليه مخالفة النفس وقهرها . وقوله (والموصى به يملك بالقبول) واضح وقد تقدم لنا الكلام عليه قبيل هذا . وقوله (ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب) صورته أن يشتري المريض شيئا ويوصى به لرجل ثم الموصى له يحده معيا فإنه لا يرد عليه على بائعه (ولا يرد عليه بالعيب) صورته أن يوصى بجميع ماله لإنسان ثم باع شيئا من التركة ووجد المشتري به عيبا لا يرد عليه على الموصى له ، ولو كان ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لثبت ولاية الرد في الصورتين جميعا كما في الوارث . وقوله (ولا يملك أحد لإثبات الملك لغيره إلا بقبوله) لثلاث يعود على موضوعه بالنقض . وذلك لأن تنفيذ الوصية لمنفعة الموصى له ولو أثبتنا الملك له قبل قبوله لربما تضرر ، فإنه لو أوصى له بعبد أعمر وجب عليه نفقته بلا منفعة تعود إليه ، وأمثال ذلك كثيرة . وقوله (إلا في مسألة واحدة) استثناء من قوله والموصى به يملك بالقبول : يعني إلا في مسألة واحدة ، فإنها تملك بدون القبول .

لم يصدره بأداة التعليل (قوله ثم باع شيئا من التركة) أقول : أي باع الموصى (قوله لا يرد عليه على الموصى له) أقول : بعد موت الموصى

قال (ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية) لأن الدين يقدم على الوصية لأنه أهم الحاجتين فإنه فرض والوصية تبرع ، وأبدا يبدأ بالأهم فالأهم . (إلا أن يبرئه الغرماء) لأنه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته إليها . قال (ولا تصح وصية الصبي) وقال الشافعي : تصح إذا كان في وجوه الخير لأن عمر رضى الله عنه أجاز وصية يفاع أو يافع وهو الذى راهق الحلم ، ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى ، ولو لم تنفذ يبق على غيره . ولنا أنه تبرع والصبي ليس من أهله ، ولأن قوله غير ملزوم وفي تصحيح وصيته قول بالزام قوله والأثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازا أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه ، وذلك جائز عندنا ،

ففي الصورة المذكورة يكون عدم ثبوت ولاية رد المشتري ما اشتراه من الموصى على الموصى له بالعيب لرجوع الموصى عن وصية ما باعه من التركة بيعه وعدم تعلق حق الموصى له بذلك بعد تحقق الرجوع عن الوصية لا لكون الوصية إثبات ملك جديد فلا يتم التبرع (قوله ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لأن الدين مقدم على الوصية لأنه أهم الحاجتين فإنه فرض والوصية تبرع) أقول : هذا التعليل منقوض بالوصية بنحو الحج والزكاة والكفارات فإنها واجبة على ماصرحوا به . فالأولى في التعليل البسط بأن يقال : لأنه حق العبد وأداؤه فرض ، والوصية تكون بطريق التبرع في الغالب وقد تكون بطريق الوجوب ، وذلك فيما إذا كانت لأداء حقوق الله سبحانه وتعالى الفاتئة كالحج والزكاة ونحوهما ، وأيا ما كان يقدم الدين عليها . أما في الشق الأول فظاهر لأن أداء الدين فرض والفرض مقدم على التبرع لامحالة . وأما في الشق الثانى فلأن الدين حق العبد وحق العبد مقدم على حق الله تعالى إذا اجتماعا لاحتياج العبد دون الله تعالى كما عرف في محله (قوله والأثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازا) يعنى كان بالغالم يمض على بلوغه زمان كثير ، ومثله يسمى يافعا مجازا تسمية للشئ باسم ما كان عليه كذا في العناية وغيرها (أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه وذلك جائز عندنا) قال صاحب الغاية : وفيه نظر عندى ، لأنه صرح الراوى بأنه أوصى لابنة عم له بمال فكيف يسمى ذلك وصية بتجهيز نفسه ، وكيف يحتمل أن يقال إنه كان أدرك لكن سمي غلاما مجازا لأنه صح في رواية الحديث أنه كان غلاما لم يحتلم انتهى . ورد صاحب العناية حاصل نظره . والجواب عنه حيث قال : ورد بأنه صح في رواية الحديث أنه كان غلاما لم يحتلم وأنه أوصى لابنة عم له بمال فكيف يصح التأويل بكونه يافعا مجازا أو بكون الوصية في التجهيز وأمر الدفن ؟ وأجيب بأن قوله كان غلاما لم يحتلم معنى اليافع حقيقة فيجوز أن يكون الراوى نقله بمعناه ، وقوله أنه أوصى لابنة عم له بمال لا ينافى أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه . أقول : ليس ذلك الجواب

وقوله (لأن الدين مقدم على الوصية) يعنى في الحكم . فلن قيل : هذا التقدم مخالف لنظم الكتاب وهو قوله تعالى - من بعد وصية يوصى بها أو دين - فالجواب ما ذكرناه في مختصر الضوء في القرائض . قال (ولا تصح وصية الصبي) كلامه واضح . وقوله (ولو لم تنفذ تبنى على غيره) يعنى إذا نفذنا الوصية كان ماله باقيا على نفسه فإنه يحصل له بسببها نيل الزلفى والدرجة العليا ، ولو لم تنفذ يبنى ماله على غيره فكان الوصية أولى . وقوله (والأثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم) يعنى كان بالغالم يمض على بلوغه زمان كثير ، ومثله يسمى يافعا مجازا تسمية للشئ باسم ما كان عليه ، أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه . ورد بأنه صح في رواية الحديث أنه كان غلاما لم يحتلم وأنه أوصى لابنة عم له بمال فكيف يصح التأويل بكونه يافعا مجازا أو بكون الوصية في التجهيز وأمر الدفن ؟ وأجيب بأن قوله كان غلاما لم يحتلم معنى اليافع حقيقة فيجوز أن يكون الراوى نقله بمعناه .

(قال المصنف : فإنه فرض والوصية تبرع) أقول : فيه أن بنض الوصايا واجبة ، كالوصية بالحج والزكاة ، فالدليل قاصر كما لا يخفى (قوله ورد بأنه صح في رواية الحديث أنه كان غلاما ، إلى قوله : نقله بمعناه) أقول : الرد للإتقافى ، وفي شرح الوجيز للرافعى في وصية الصبي المميز وتدبره قولان أرجحهما عند الأستاذ أبي منصور أنهما صحيحان لما روى أن غلاما من غسان حضرته الوفاة وله عشر سنين

وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه ، والمعتبر في النفع والضرر النظر إلى أوضاع التصرفات لا إلى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فإنه لا يملكه ولا وصيه وإن كان يتفق نافعا في بعض الأحوال ، وكذا إذا أوصى ثم مات بعد الإدراك لعدم الأهلية وقت المباشرة ، وكذا إذا قال إذا أدركت فثلث مالي لفلان وصية لقصور أهليته فلا يملكه تنجيذا وتعليقا كما في الطلاق والعناق ،

بسيد . أما أولا فلا أنه إذا كان لفظ اليافع في الأثر المزبور مجازا عن كان بالعالم يحض على بلوغه زمان كثير كان معنى اليافع حقيقة تميز مراد في ذلك الأثر بل غير واقع في أصل القصة ، فلو كان الراوى نقله بمعناه الحقيقي لزم أن يكذب في نقله ولا يخفى ما فيه . وأما ثانيا : فلا أن قوله وقوله أنه أوصى لابنة عم له بمال لاينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه ممنوع جدا ، فإن معنى أوصى له بمال ملكه إياه وما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه لا يكاد أن يكون ملكا لغيره كما لا يخفى . نعم لو كان المروى في الأثر أنه أوصى إلى ابنة عم له بكلمة إلى بدل كلمة اللام لم يلزم التنافي ، لأن معنى أوصى إليه جعله وصيا فيجوز أن تكون ابنة عمه وصيته في تجهيزه وأمر دفنه ، ولما كان المروى في ذلك أنه أوصى لابنة عم له بمال لم يبق للتأويل المذكور مجال (قوله وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه) قال في العناية : قوله يحرز الثواب جواب عن قوله ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلى ، وقوله كما بيناه إشارة إلى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة عن القريب الخ ، فإنه يفيد إما أفضلية الترك في الثواب أو تساويهما فيه انتهى . أقول : فيه إشكال ، لأنه إن أراد أن قوله لما بيناه إشارة إلى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة إلى آخره : أى إلى آخر تعليل تلك المسئلة وهو ما ينتهي عند قوله وإن كانوا أغنياء يلزم أن لا يتم كلام المصنف هنا فإنه إنما يتمشى في صورة إن كانت الورثة فقراء فلا يحصل الجواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى ، ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلى في صورة إن كانوا أغنياء ، ويلزم أن لا يصح قول الشارح فإنه يفيد إما أفضلية الترك في الثواب أو تساويهما فيه إذ الأفضلية متعينة حينئذ فلا معنى للتديد ، وإن أراد بقوله الخ قوله والموصى به يملك بالقبول لتناوله صورة إن كانوا أغنياء أيضا يلزم أن لا يجري كلام المصنف هنا ، وكلام الشارح أيضا في صورة إن كانوا أغنياء إلا على القول الضعيف المذكور

وقوله (أنه أوصى لابنة عم له بمال ١) لاينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه . قال الطحاوى : والاحتجاج بهذا الأثر لا يصح من الشافعي لأنه مرسل ، لأنه رواية عمرو بن سليم وهو لم يلق عمر ، وعندنا المرسل وإن كان حجة لكن هذا يخالف قوله عليه الصلاة والسلام « رفع القلم عن ثلاث » وفيه نظر ، لأن المراد بالقلم التكليف وما نحن فيه ليس منه . وقال ابن حزم : هو مخالف لقوله تعالى - وابتلوا اليتامى - الآية ، فإنها تدل على أن الصبي ممنوع عن ماله . وقوله (وهو يحرز الثواب) جواب عن قوله ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلى . وقوله (كما بيناه) إشارة إلى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب الخ ، فإنه يفيد إما أفضلية الترك في الثواب أو تساويهما فيه . وقوله (والمعتبر في النفع والضرر) تنزل في الجواب كأنه يقول : سلمنا أن بالوصية يحصل الثواب دون تركها ، لكن المعتبر في النفع والضرر هو النظر إلى أوضاع التصرفات دون العوارض اللاحقة ؛ ألا ترى أن الطلاق لا يصح منه وإن أمكن أن يكون نافعا بأن يطلق امرأة معسرة شوهاء ويتزوج بأختها الموسرة

فأوصى لبنت عم له وله وارث ، فرفعت القضية إلى عمر فأجاز . وعن عثمان أجاز وصية غلام ابن إحدى عشرة سنة ، ولأن الوصية لا تزال ملكه في الحال وتفيد الثواب بعد الموت فتصح كسائر القربات ، وهذا القول قال مالك وأحمد . والثاني وهو الأظهر عند الأكثرين وبه قال أبو حنيفة إنهما باطلان كجهته وإعتاقه ، وذلك لأنه لأعبارة له ولهذا لا يصح بيعه وإن كان فيه غبطة انتهى (قوله وقوله إنه أوصى لابنة عم له بمال لاينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه) أقول : لو أريد ذلك لقليل إلى ابنة عم له (قوله وهو مخالف لقوله تعالى - وابتلوا اليتامى - الآية) أقول : هذه الآية في أوائل سورة النساء (قوله أو تساويهما فيه) أقول : فيه بحث ، فإن التساوى فيه ضعيف ، ولذلك أورد المصنف بصيغة التريض (قوله كأنه يقول : سلمنا أن بالوصية يحصل الثواب) أقول : فيه بحث ، فإن الوصية نوع

بخلاف العبد والمكاتب لأن أهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فتصح إضافته إلى حال سقوطه . قال (ولا تصح وصية المكاتب وإن ترك وفاء) لأن ماله لا يقبل التبرع ، وقيل على قول أبي حنيفة لا تصح . وعندهما تصح ردًا إلى مكاتب يقول كل مملوك أملكه فيما أستقبل فهو حر ثم عتق فملك ، والخلاف فيها معروف عرف في موضعه . قال (وتجاوز الوصية للحمل وبالحمل إذا وضع لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية) أما الأول فلأن الوصية استخلاف من وجه لأنه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين صالح خليفة في الإرث فكذا في الوصية إذ هي أخته ،

هناك بقيل وهو التخيير بين الوصية وتركها على القول المختار المذكور هناك أولاً وهو كون الوصية أولى من تركها . وبالحمل لا يخلو المقام على كل حال عن نوع من الاختلال . قال بعض المتأخرين هنا بعد نقل مافي العناية : وفيه أن التساوى مبنى على قول ضعيف كما سبق ولا حاجة إليه في المقصود انتهى . أقول : إن قوله ولا حاجة إليه في المقصود ليس بصحيح . إذ لا أفضلية للترك في صورة إن كانت الورثة أغنياء . بل الأفضلية فيها للوصية على القول المختار أو الوصية وتركها سيان فيها على القول الضعيف كما تقرر فيما سبق ، والمقصود هنا هو الجواب عن قول الشافعي ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلي . ولا ريب أن ذلك المقصود لا يحصل بقول المصنف هنا وهو يحوز الثواب بالترك على ورثته في صورة إن كانوا أغنياء إلا بالتشبه بالقول الضعيف في تلك المسئلة وهو تساوى الوصية وتركها إذ على القول المختار فيها تكون الوصية أفضل فلا يتيسر إحراز الثواب بتركها فتحققت الحاجة إلى ذكر التساوى ليتم الجواب بالنظر إلى تلك الصورة أيضا . وعن هذا أورد بعض الفضلاء على ما في العناية ما أورده ذلك ولم يذكر المقدمة القائلة ، لا حاجة إليه في المقصود حيث ، قال : فيه بحث ، فإن التساوى فيه ضعيف ، ولذلك البعض أورده المصنف بصيغة التريض انتهى (قوله وتجاوز الوصية للحمل وبالحمل إذا وضع لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية) أي وتجاوز الوصية للحمل مثل أن يقول أوصيت بثلث مالى لما في بطن فلانة وبالحمل كما إذا أوصى بما في بطن جاريته ولم يكن منه لكن بشرط أن يعلم أنه موجود في البطن وقت الوصية له أو به بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر من

الحسناء لكون ذلك من العوارض ، والوصية في الأصل تبرع والصبي ليس من أهله . وقوله (بخلاف العبد والمكاتب) يعنى إذا قال العبد أو المكاتب إذا اعتقت فثلث مالى وصية يصح (لأن أهليتهما مستتمة) أى تامة والمانع حق المولى فتصح إضافته إلى حال سقوط المانع . وقوله (ولا تصح وصية المكاتب) يعنى تنجيذه لأن الإضافة إلى العتق صحيحة كما مر آنفا . وقوله (والخلاف فيها معروف عرف في موضعه) يعنى في باب الحنف في ملك المكاتب والمأذون من أيمان الجامع الكبير ، وما عرف ثمة هو أن المكاتب إذا قال كل مملوك أملكه فيما أستقبل فهو حر فعتق فملك لم يعتق عند أبي حنيفة وعتق عندهما . لما أن ذكر الملك ينصرف إلى ملك كامل قابل للإعتاق وهو ما بعد الحرية . ولأبي حنيفة أن للمكاتب نوعين من الملك : أحدهما ظاهر وهو ما قبل الإعتاق . والثاني غير ظاهر وهو ما بعد الإعتاق فينصرف اليمين إلى الظاهر دون غير الظاهر . وقوله (وتجاوز الوصية للحمل) مثل أن يقول أوصيت بثلث مالى لما في بطن فلانة (وبالحمل) كما إذا أوصى بما في بطن جاريته ولم يكن من المولى إذا علم أنه ثابت ، موجود في البطن وقت الوصية له أو به ، ومعرفة ذلك بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوى واختاره المصنف وصححه الإسيبجاني في شرح الكافي ، ومن وقت موت الموصى على ما ذهب إليه الفقيه أبو الليث واختاره صاحب النهاية (أما الأول) وهو الوصية للحمل (فلأنها استخلاف من وجه لأنه يجعله خليفة في بعض ماله) بعد موته لا أنه يملكه في الحال والاستخلاف يصلح له الجنين إرثا فكذا وصية لأتهما أختان . فإن قيل : لو كانتا أختين لما جاز ردها كما لم يجوز رده مضبوط ليس كالطلاق وغيره فليتأمل (قال المصنف وتجاوز الوصية للحمل وبالحمل إذا وضع لأقل من ستة أشهر) أقول : هذا إذا لم تكن المرأة التى أوصى بملها معتدة ، فإنها حينئذ إذا ولدت لأقل من سنتين حتى حكم بشيوت النسب كان ذلك حكما بوجوده في البطن حين الوصية أو حين موت الموصى فى كلامه نوع قصور (قوله واختاره صاحب النهاية) أقول : صاحب الكافي أيضا .

مضبوط ليس كالطلاق وغيره فليتأمل (قال المصنف وتجاوز الوصية للحمل وبالحمل إذا وضع لأقل من ستة أشهر) أقول : هذا إذا لم تكن المرأة التى أوصى بملها معتدة ، فإنها حينئذ إذا ولدت لأقل من سنتين حتى حكم بشيوت النسب كان ذلك حكما بوجوده في البطن حين الوصية أو حين موت الموصى فى كلامه نوع قصور (قوله واختاره صاحب النهاية) أقول : صاحب الكافي أيضا .

إلا أن يرتد بالرد لما فيه من معنى التملك ، بخلاف الهبة ، لأنها تملك محض ولا ولاية لأحد عليه لملكه شيئا .

وقت الوصية على ما ذكره الطحاوى وصححه الإسيبجاني في شرح الكافي واختاره المصنف ، أو من وقت موت الموصى بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت موته على ما ذكره الفقيه أبو الليث في باب الوصايا والإمام الإسيبجاني في شرح الطحاوى واختاره صاحب النهاية ، هذا زبدة ما في العناية وغاية البيان . قال بعض المتأخرين بعد أن شرح المقام بهذا المنوال : أقول : ليس مبنى هذا الاختلاف على الاختلاف في أنه هل يكفي في صحة الوصية وجود الموصى له وبه وقت موت الموصى ، أو لابد مع ذلك من وجودهما وقت الوصية لاتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضا لأنها تملك بعد الموت فلا بد من وجودهما إذ ذاك دون وقت الإيجاب بدليل ما ذكره الإمام قاضيخان ، وسيجيء أيضا أنه لو قال أوصيت بثلث مالى لفلان وليس له مال ثم استفاد مالا كان للموصى له ثلث ماترك ، وبدليل ما ذكره صاحب المحيط نقلا عن الأصل أنه إذا أوصى بثلث ماله لبنى فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصى كان الثلث للذين حدثوا من بنيته ، فتبين أن منشأ الاختلاف ليس بذلك بل خصوصية في المسئلة اعتبرها الطحاوى ولم يتنبه لها غيره ، وهى أن المفهوم عرفا ولغة إذا قيل أوصيت لمالاً في بطنها بكذا كونه موجودا في بطنها وقتئذ لأن المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها في هذا الوقت ، إلى هنا كلام ذلك البعض . أقول : فيه اختلال فاحش ، فإن قوله لاتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضا ممنوع ، كيف وقد وضع في المحيط والذخيرة فصل على حدة لبيان أن المعتبر لصحة الإيجاب في الوصايا وجود الموصى به يوم موت الموصى أو وجوده يوم الوصية ، وذكر هناك أن حاصل هذا الفصل أن الموصى به إذا كان معينا يعتبر لصحة الإيجاب وجوده يوم الوصية ، حتى أن من أوصى لإنسان بعين لا يملكه ثم ملكه يوما من الدهر لاتصح الوصية ، وإذا كان العين الموصى به في ملك الموصى يوم الوصية فالوصية تتعلق به حتى إذا هلك ذلك العين تبطل الوصية ، ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع في بعض التركة فكذلك يعتبر لصحة الإيجاب وجود الموصى به يوم الوصية وتعلق الوصية به . فلو قال أوصيت لك بثلث غنمى أو بشاة من غنمى وليس في ملكه غنم يوم الوصية لاتصح الوصية ، حتى لو وجدت للموصى أغنام بعد ذلك قبل أن يموت لا يكون للموصى له من الأغنام الحادثة شيء ، ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة يعتبر لصحة الإيجاب وجود الموصى به يوم موت الموصى . فإذا أوصى لرجل بثلث ماله وله مال فهلك ذلك المال واكتسب مالا غيره فإن ثلث ماله الذى اكتسبه للموصى له ولم تعلق الوصية بالمال الموجود يوم الوصية حتى لا تبطل بهلاكه اهـ . فقد ظهر لك بذلك أن المعتبر لصحة الإيجاب في أكثر أقسام الوصايا وجود الموصى به وقت الوصية لا وقت الموت ، فلا معنى لقوله باتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما : أى وجود الموصى له وبه وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضا . وقوله في تعليل ذلك لأنها تملك بعد الموت فلا بد من وجودهما إذ ذاك دون وقت الإيجاب ليس بتمام ، لأن سبب الاستحقاق هو الوصية فينجوز أن يعتبر وجودهما وقت وجود ذلك السبب ، كما يجوز أن يعتبر وجودهما وقت تحقق الحكم وهو الملك ، ومن هذا منشأ الاختلاف الواقع بين المشايخ على ما مر من قبل ، ونحوه بدليل ما ذكره الإمام قاضيخان ، وسيجيء أيضا أنه لو قال أوصيت لفلان بثلث مالى وليس له مال ثم استفاد مالا كان للموصى له ثلث ماترك ليس بصحيح ، لأن ذلك إنما يكون دليلا على كون المعتبر وقت الموت فيما إذا كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة كما هو الحال في قوله أوصيت بثلث مالى لفلان لا فيما إذا كان الموصى به معينا كما فينا نحن فيه ، وعن هذا قال صاحب النهاية وغيره في شرح تلك المسئلة التى ستجيء

أجاب بقوله (إلا أنه) أى فعل الوصية أو الإيصاء (يرتد بالرد لما فيه من التملك) دون الميراث لعدم ذلك فيه . وقوله (بخلاف الهبة) متصل بقوله وتجاوز الوصية للحمل : يعنى أن الهبة للحمل لاتصح (لأنها تملك محض) والحنين ليس بصالح لذلك لأن الملك بالهبة إنما يثبت بالقبض (ولا قدرة لأحد عليه لملكه شيئا) يحصل الملك فيه بالقبض .

وأما الثاني فلأنه بعرض الوجود ، إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية ،

في الكتاب : هذا إذا كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة كما في اسم المال ، وأما إذا كان معيناً في نوع من المال فالحكم بخلافه . ونقلوا عن الذخيرة ما نقلناه عن المحيط والذخيرة من التفصيل فيما مر آنفاً . وقوله وبديل ما ذكره صاحب المحيط نقلاً عن الأصل أنه إذا أوصى بثلث ماله لبني فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصى كان الثلث للذين حدثوا من بنيهِ ليس بنام ، لأن ما ذكره صاحب المحيط هناك جواب ظاهر الرواية . ولا يلزم منه أن يكون الجواب في غير ظاهر الرواية أيضاً كذلك سيما عند الطحاوي ، فمن أين يثبت الاتفاق بذلك وعن هذا قال صاحب البدائع : ثم يعتبر ذلك من وقت الموت في ظاهر الرواية ، وعند الطحاوي من وقت وجود الوصية انتهى . وقوله فتبين أن منشأ الاختلاف ليس بذلك بل خصوصية في المسئلة التي اعتبرها الطحاوي ولم يتنبه لها غيره ، وهو أن المفهوم عرفاً ولغة إذا قيل أوصيت لـ ما في بطنها بكذا كونه موجوداً في بطنها وقتئذ لا يكاد يصح ، إذ لا نسلم جداً أن المفهوم عرفاً ولغة إذا قيل أوصيت لـ ما في بطنها بكذا كونه موجوداً وقتئذ ، بل يكفي كونه موجوداً وقت موت الموصى لثبوت حكم الوصية عند موته ، وكيف يتصور من أساطين الفقهاء سيما أصحاب ظاهر الرواية أن لا يتنبهوا لما يفهم من الكلام عرفاً ولغة ، ولا ينبغي أن ينسب إلى أحد منهم الغفلة عن شيء من اللغة والعرف فضلاً عن الغفلة عنهما معاً . وقوله لأن المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها في هذا الوقت تحكم بحت ، بل المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها . وأما كون ثبوته في وقت الوصية أو في وقت الموت فأمر خارج عن مفهوم نفس اللفظ ، وإنما المعين له شيء آخر هو محل الاجتهاد من الفريقين ، وقد بينه صاحب البدائع بأن قال : وجه ما ذكره الطحاوي أن سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتبر وقت وجوده . ووجه ظاهر الرواية أن وقت نفوذ الوصية واعتبارها في الحكم وقت الموت فيعتبر وجوده من ذلك الوقت انتهى . ثم إن ذلك البعض قال : وأعلم أن في كلام صاحب الكافي هنا اضطراباً لأنه دل أوله على أن اعتبار المدة من وقت الوصية فيهما : أي في الموصى له وبه . وآخره دل على أنه من وقت الموت إذا كانت الوصية للحمل ولم يظهر له وجهه انتهى . أقول : إن صاحب الكافي . قال في أول كلامه : وتجوز الوصية للحمل وبالحمل إن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية . ثم قال في آخره : وأما الثاني فلأنه تجرى فيه الورثة فتجوز فيه الوصية لما مر من أن الوصية أخت الميراث وقد تيقنا بوجوده يوم الموت متى جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من يوم الموت انتهى . فيجوز فيه الوجهان : أحدهما أن يكون المضاف مقدرًا في قوله من وقت الوصية فيكون المعنى من وقت وجوب الوصية ، ولا يخفى أن وقت وجوب الوصية هو وقت موت الموصى فيوافق أول كلامه آخره ، وقد أشار صاحب معراج الدراية إلى تأويل كلام المصنف بهذا الوجه ليوافق كلامه ما ذكر في المبسوط . وثانيهما أن يكون مراده بإيراد آخر كلامه مخالفاً لأوله هو الإشارة إلى وقوع الروايتين في تعيين أول المدة التي يعلم فيها وجود الحمل في البطن ، وقد خفي على ذلك البعض كل من ذنبك الوجهين حيث قال : لم يظهر لي وجهه . ثم إنه أخطأ في قوله وآخره دل على أنه من وقت الموت إذا كانت الوصية للحمل ، فإن الذي في آخره إنما هو الوصية بالحمل لا الوصية للحمل لأنه قال فيه : وأما الثاني ولا ريب أن الثاني في قوله وتجوز الوصية للحمل وبالحمل هو الوصية بالحمل ، ثم إن الزيلعي قال في شرح الكنز : وذكر في الكافي ما يدل على أنه إن أوصى له يعتبر من وقت الوصية ، وإن أوصى به يعتبر من وقت الموت انتهى . أقول : ليس ذلك أيضاً بسديد ، لأن عبارة الكافي في أول الكلام هكذا : وتجوز الوصية للحمل وبالحمل إن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية ، ولا يخفى أن قوله من وقت الوصية إن لم يتعلق بقوله بالحمل فقط لكونه قريباً منه فلا أقل من أن يتعلق بمجموع قوله للحمل وبالحمل ، فمن أين يدل ذلك على اختصاص الاعتبار من وقت الوصية بما إذا أوصى له . نعم ما ذكره صاحب الكافي في آخر كلامه يدل على كون الاعتبار من وقت الموت فيما إذا أوصى بالحمل ، وبهذا تردد المخالفة بين أول كلامه وآخره والمخلص ما بيناه آنفاً من أحد الوجهين فتبصر (قوله وأما الثاني فلأنه بعرض الوجود إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية) قال صاحب العناية : في شرح هذا المحل : وأما الثاني وهو الوصية به فلأنه

(وأما الثاني) وهو الوصية به (فلأنه) أي الحمل (بعرض الوجود) ، إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية ،

وبابها أوسع لحاجة الميت وعجزه ، ولهذا تصح في غير الموجود كالثمره فلأن تصح في الموجود أولى . قال (ومن أوصى بجارية لإحملها صحت الوصية والاستثناء) لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق

أبى الحمل بعرضية الوجود ، إذ الكلام فيها إذا علم وجوده وقت الوصية ، فإن وضع المسئلة فيما إذا وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية للاحالة انتهى . أقول . فيه خلل ظاهر ، فإن زيادة قوله أو الموت في قوله من وقت الوصية أو الموت مع كونها غير مطابقة للمشروح تقتضى أن لا يصحح قوله وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية للاحالة ، إذ على تقدير أن وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت موت الموصى لا يعلم وجوده وقت الوصية أصلا فيما إذا مضت بين الوصية والموت مدة يصير بها زمان وضع الحمل أكثر من ستة أشهر من وقت الوصية ، وهذا مما لا ستره به (قوله ومن أوصى بجارية لإحملها صحت الوصية والاستثناء لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالإطلاق تبعا ، فإذا أفرد الأم بالوصية صح إفرادها) أقول : لقائل أن يقول : هذا التعليل ينتقض بصورة البيع ، فإنه إذا باع جارية إلا خلعها فسد البيع مع إمكان جريان هذا التعليل هناك أيضا . لا يقال : إنما فسد البيع لأصل وهو أن ما لا يصح إفراده بعقد لا يصح استثناءه من ذلك العقد والحمل مما لا يصح إفراده بالبيع فلا يصح استثناءه منه كما مر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع ، بخلاف الأمر في الوصية : فإن إفراد الحمل بالوصية يصح فكذا استثناءه منها كما سيأتى في التعليل الثاني . لأننا نقول : ذلك الفرق موجب التعليل الآتى وكلامنا في هذا التعليل الأول فلا معنى للخلط . ثم إن صاحب العناية قال في شرح أول هذا التعليل : لأن اسم الجارية

فإن وضع المسئلة فيما إذا وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية للاحالة . ولقائل أن يقول : في كلام المصنف تناقض ظاهر لأنه لا يعلم وجود شيء إلا بعد أن يكون موجودا ، وإذا كان موجودا لا يكون بعرض الوجود . والجواب أن معنى قوله بعرض الوجود بعرض وجوده يصلح لورود القبض عليه ، ومعنى قوله إذا علم وجوده تحقيقه وكونه في بطن الأم فاندفع التناقض . وقوله (وبابها أوسع لحاجة الخ) وإن اختلف في ذهك تناقض آخر بين سعيه لإثبات الوجود لجواز الوصية وتوضيحه للجواز بصحتها في غير الموجود ، فالجواب ستسمعه إن شاء الله تعالى . وقوله (ومن أوصى بجارية) يعني من قال أوصيت بهذه الجارية لفلان إلا حملها صحت الوصية والاستثناء جميعا (لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا) لأنه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناءه من الجارية كتميصها وسراويلها ما يتلبس بها ، وفيه إشارة إلى ما يقال الحمل جزء من الأم قبل الانفصال كاليد والرجل ، ولو استثنى اليد أو الرجل لم يجز فكذلك الحمل ، وذلك لأن اسم الجارية يتناولهما . فإن قيل : كيف صح الاستثناء وهو تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ . فالجواب أن صحته باعتبار تقرير ملك الموصى فيه كما كان قبل الوصية ، كما لو قال أوصيت لفلان بألف درهم إلا فرسا ، فإن الوصية في الألف صحيحة والاستثناء أيضا صحيح في تقرير ملكه في الفرس لا باعتبار خروجه عن المستثنى منه فإنه لم يكن داخلا . فإن قيل : لا نسلم أن اسم الجارية لا يتناول الحمل فإنه لو لم يستثن استحققه الموصى له ، ولو لم يتناوله لما استحققه كغيره من أحواله . اجاب بقوله ولكنه يستحق بالإطلاق تبعا : يعني أنه لم يتناوله بالعموم بل يستحق إذا أطلق الموصى عن قيد الأفراد ، فإذا أفرد الأم لم يبق مطلقا بل قيدت الأم بالأفراد

(قوله فإن وضع المسئلة فيما إذا وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت ، وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية للاحالة) أقول : فيه بحث ، فإنها إذا وضعت لأقل من ستة أشهر من موت الموصى لا يعلم وجود الحمل وقت الوصية ، إذ قد يكون بين الموت والوصية شهر أو شهران أو أزيد فليتأمل (قوله والجواب ستسمعه) أقول : في آخر باب الوصية بالخدمة والسكنى حيث فرق المصنف بين الثمرة المعلومة والولد المعلوم (قوله ولا هو داخل في الموضوع) أقول : عطف على قوله ليس بموضوع (قوله وما لا يتناول اسم الجارية صح استثناءه) أقول : الاستدلال بهذا على عدم صحة الاستثناء أظهر كما لا يخفى على من يعرف معنى الاستثناء ، ثم قوله صح استثناءه : يعني لتقرير الملك (قوله لأن اسم الجارية يتناولها) أقول : إن أراد مقصودا فليس كذلك ، وإن أراد تبعا فالحمل كذلك (قوله كما لو قال أوصيت لفلان بألف درهم إلا فرسا) أقول : فيه بحث ، فإنه صرح في كتاب الإقرار أن ما لا يتناول اللفظ مقصودا بل يدخل فيه تبعا لا يصح استثناءه لأن الاستثناء تصرف لفظي ، ولو صح الاستثناء باعتبار تقرير الملك لصح في الإقرار أيضا استثناء البناء من الدار والفن من

بالإطلاق تبعا . فإذا أفرد الأم بالوصية صح إفرادها ، ولأنه يصح إفراد الحمل بالوصية فجاز استثنائه ، وهذا هو الأصل أن ما يصح إفراده بالعقد يصح استثنائه منه ، إذ لا فرق بينهما ، وما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثنائه منه . وقد مر في البيوع . قال (ويجوز للموصى الرجوع عن الوصية) لأنه تبرع لم يتم فجاز الرجوع عنه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة ، ولأن القبول يتوقف على الموت والإيجاب يصح إبطاله قبل القبول كما في البيع . قال (وإذا صرح بالرجوع أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا) أما الصريح فظاهر ، وكذا الدلالة لأنها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد أبطلت . وصار كالبيع بشرط الخيار فإنه يبطل الخيار فيه بالدلالة ، ثم كل فعل لو فعله الإنسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك ، فإذا فعله الموصى كان رجوعا ، وقد عددنا هذه الأفاعيل في كتاب الغصب . وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين إلا بها فهو رجوع إذا فعله ، مثل السويق يلته بالسمن والدار ينبت في الموصى والقطن يحشوبه والبطانة يبطن بها والظاهرة يظهر بها ، لأنه لا يمكنه تسليمه بدون الزيادة ، ولا يمكن نقضها لأنه حصل في ملك الموصى من جهته ، بخلاف تخصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها لأنه تصرف في التابع ، وكل تصرف أوجب زوال ملك الموصى فهو رجوع ، كما إذا باع العين الموصى به ثم اشتراه أو وهبه ثم رجع فيه لأن الوصية لا تنفذ إلا في ماكه ، فإذا أزاله كان رجوعا . وذبح الشاة الموصى بها رجوع لأنه للصرف إلى حاجته عادة ، فصار هذا المعنى أصلا أيضا ، وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لأن من أراد أن يعطى ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقييرا . قال (وإن جحد الوصية لم يكن رجوعا) كذا ذكره محمد .

لا يتناول الحمل لأنه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع ، وما لا يتناوله اسم الجارية يصح استثنائه من الجارية كقميصها وسراويلها مما يلتبس بها انتهى . أقول : مقتضى تقريره هذا أن يكون قول المصنف لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا صغرى لقياس من الشكل الأول كبراه مطوية وهي قوله وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثنائه من الجارية ، وأن يكون ذلك القياس وحده دليلا مستقلا على صحة استثناء الحمل في مسئلتنا هذه ، لكن فيه بحث وهو أنه كيف يتم الاستدلال بعدم تناول اسم الجارية للحمل على صحة استثنائه منها ، ومعنى الاستثناء يقتضى خلاف ذلك ، فإن معناه هو الإخراج عما يتناوله صدر الكلام كما هو المتعارف أو المنع من دخول بعض ما تناوله صدر الكلام كما اختاره صاحب التوضيح . وقال المصنف في باب الاستثناء من

فصحت الوصية بها مفردة . وقوله (ولأنه يصح) قد ذكره في البيوع . قال (ويجوز للموصى الرجوع عن الوصية) الرجوع عن الوصية جائز لوجهين : أحدهما أنه تبرع لم يتم لأن تمامها بموت الموصى والتبرع التام كالهبة جاز الرجوع فيه ففيما لم يتم أولى . والثاني أن القبول يتوقف على الموت ، والإيجاب المفرد يجوز إبطاله في المعاوضات كما في البيع ففي التبرع أولى ، ثم الرجوع قد يكون صريحا وهو أن يقول رجعت عما أوصيت به فلان ، وقد يكون دلالة وله أنواع ذكر المصنف لها في الكتاب ضوابط هي جامعة واضحة . وقوله (وإن جحد الوصية لم يكن رجوعا ، كذا ذكره محمد) اعلم أن محمدا ذكر في الجامع أن جحد الوصية ليس برجوع ، وذكر في المبسوط أنه رجوع ، فنر ما بيننا من حمل المذكور في الجامع على الجحد في غيبة الموصى له ، وهو ليس برجوع في الروايات كلها لأن الجحد إنما يلتفت إليه إذا صح الإنكار ، والإنكار على الغائب لا يصح لأنه من باب المعارضة المقتضية معارضا ، والمذكور في المبسوط محمول على الجحد بحضرة الموصى له وهو رجوع في الروايات كلها

الخاتم والنخلة من البستان فليتأمل في الفرق (قوله اعلم أن محمدا ذكر في الجامع) أقول : يعني في الجامع الكبير (قوله وهو رجوع في الروايات كلها) أقول : على قول هؤلاء المشايخ .

كتاب الإقرار : الاستثناء ما أولاه لدخل تحت اللفظ ، وعلى كل من التعبيرات فتناول صدر الكلام للمستثنى مما لا بد منه في الاستثناء الحقيقي الذي هو المتصل . وأما المنقطع فصيغة الاستثناء مجاز فيه كما عرف في محله سببا في كتب الأصول . ويمكن أن يقال : إن صيغة الاستثناء وإن كانت مجازا في المنقطع إلا أن لفظ الاستثناء حقيقة اصطلاحية في القسمين معا كما نص عليه صاحب التلويح في فصل الاستثناء ، فيجوز أن يراد بالاستثناء المذكور في هذه المسئلة هو الاستثناء المنقطع وهو لا يقتضى تناول صدر الكلام للمستثنى بل ينافى ذلك فيتم التقريب . وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق : وفيه إشارة إلى ما يقال الحمل جزء من الأم قبل الانفصال كاليد والرجل ، ولو استثنى اليد أو الرجل لم يجز فكذلك الحمل . وذلك لأن اسم الجارية يتناولها ٨١ . واعتراض بعض الفضلاء على قوله لأن اسم الجارية يتناولها حيث قال : إن أراد مقصودا فليس كذلك . وإن أراد تبعا فالحمل كذلك انتهى . أقول : هذا في غاية السقوط ، إذ لا شك أن المراد أن اسمها يتناولها مقصودا ، وقوله فليس كذلك ليس بشيء إذ لا ريب أن اسم الجارية فيما إذا قال أوصيت بهذه الجارية يتناولها بجميع أجزائها الحقيقية مقصودا ، إذ لا معنى لإيصاء الجارية بدون يدها أو رجلها أو نحو ذلك لا متناع الانتفاع بها بدون أجزائها الحقيقية لعدم انفكاكها عنها بخلاف الحمل فإنه ليس بجزء منها حقيقة قبل الانفصال أيضا . بل هو بمنزلة الجزء منها عند اتصالها بها كما صرح به المصنف في البيوع ويمكن انفكاكها عنه بوضعها إياه فجاز أن لا يكون مقصودا عند إيصائها كما لا يخفى . ثم قال صاحب العناية : فإن قيل : فكيف صح الاستثناء وهو تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناول اللفظ . فالجواب أن صحته باعتبار تقرير ملك الموصى فيه كما كان قبل الوصية كما أو قال أوصيت لفلان بألف درهم إلا فرسا . فإن الوصية في الألف صحيحة والاستثناء أيضا صحيح في تقرير ملكه في الفرس لا باعتبار خروجه من المستثنى منه فإنه لم يكن داخلا انتهى . وقال بعض الفضلاء : فيه بحث . فإنه صرح في كتاب الإقرار أن مالا يتناوله اللفظ مقصودا بل يدخل فيه تبعا لا يصح استثناءه . لأن الاستثناء تصرف لفظي . ولو صح الاستثناء باعتبار تقرير الملك لصح في الإقرار أيضا استثناء البناء من الدار والفص من الخاتم والنخلة من البستان فليتأمل في الفرق انتهى . وقصد بعض المتأخرين الجواب عنه فقال : فإن قلت : يشكل حينئذ ما ذكر في كتاب الإقرار أنه أو قال هذه الدار لفلان إلا بناءها فإنه لي وللمقر له الدار والبناء لأن الدار اسم لما أدير عليه الخط والبناء يدخل تبعا . والاستثناء إنما يصح مما يتناوله الكلام نصا لا تبعا فلم يحكموا ببطلان الاستثناء هناك ولم يصححوه باعتبار تقرير الملك كما صححوه به هنا ؟ قلت : إنما لم يصححوه ذلك لاستزامه إبطال حق ثبت بالإقرار . ولا يلزم ذلك في الوصية لأنها تبرع يصح الرجوع عنه غايته أن يحمل الاستثناء على الرجوع عنها في حق التابع انتهى . أقول : جوابه ليس بمستقيم . فإن إبطال حق ثبت بالإقرار إنما يلزم في تلك المسئلة المذكورة في كتاب الإقرار على تقدير أن لا يصح الاستثناء فيها ولا يجعل البناء للمقر له . وأما على تقدير أن يصح الاستثناء فيها فلا يلزم إبطال ذلك أصلا . إذ يصير الإقرار حينئذ مخصوصا بما عدا البناء . إذ قد تقرر في مباحث الاستثناء أن حكم الكلام يتوقف فيما وقع فيه الاستثناء على تمام الكلام بذكر المستثنى فيثبت الحكم فيما عدا المستثنى فيصير معنى قوله مثلا هذه الدار لفلان إلا بناءها على تقدير أن يصح الاستثناء غير بناء هذه الدار لفلان . وبهذا يندفع التناقض المتوهم بين أول الكلام وآخره في أمثلة الاستثناء . فظهر أنه لو صح الاستثناء في مسئلة الإقرار لم يستلزم ذلك إبطال حق ثبت بالإقرار قط . ثم إن المصير إلى نحل الاستثناء فيما نحن فيه على

أصحة الإنكار حينئذ . ومنهم من حمل المذكور في الجامع على صورة الجحود لاعلى الجحود الحقيقي فإنه قال فيه : إذا أوصى الرجل لرجل بثلث ماله ثم قال لقوم أشهدوا أنني لم أوص لفلان لا بقليل ولا بكثير لا يكون هذا رجوعا ، لأن قوله أشهدوا أنني لم أوص لفلان طلب شهادة الزور منهم فيكون معناه قد أوصيت لفلان بكذا ، إلا أنني سألتكم أن تشهدوا لي بالباطل . وطلب شهادة بالباطل لا يكون رجوعا لأنه ليس بجحود حقيقة ، وما ذكره في المبسوط على الجحود الحقيقي وهو رجوع على الروايات كلها . ومنهم من قال : المذكور في الجامع جواب القياس ، والمذكور في المبسوط جواب الاستحسان . ومنهم من قال :

وقال أبو يوسف : يكون رجوعا ، لأن الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال . فأولى أن يكون رجوعا . ولحمد أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك ، وإذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا ،

الرجوع عن الوصية في حق التابع ليس بسديد أيضا . إذ لو كان الأمر كذلك لما احتيج إلى شيء من التعليلين المذكورين في الكتاب لمستلثنا هذه ، ولزم أن يكون ذلك من قبيل التزام مالا يلزم : فإن مسألة جواز الرجوع عن الوصية ستجيب بتفاصيلها وتفاصيلها بعيد هذه المسئلة (قوله وقال أبو يوسف : يكون رجوعا ، لأن الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال ، فأولى أن يكون رجوعا) قال بعض المتأخرين : قلت هذا كلام ظاهري . وإلا فالنفي في الرجوع عنها بمعنى فسحها ورفعها وفي الجحود بمعنى سلبها ونفي وقوعها وأين هذا من ذلك انتهى . أقول : ليس المراد بقول أبي يوسف إن جحود الوصية يكون رجوعا عنها أن الجحود والرجوع متحدان معنى . بل المراد أنهما متحدان حكما وهو إبطال الوصية بأن لا يثبت الملك للموصى له في تركة الموصى فكان النفي في الرجوع بمعنى التسخ وفي الجحود بمعنى سلب الوقوع إنما ينافي الاتحاد في المعنى لا الاتحاد في الحكم . ومبنى استدلاله المذكور على الثاني دون الأول فلا محذور على أن ما ذكره ذلك البعض على تقدير وروده إنما ينول إلى ما ذكره المصنف في التعليل الثاني لمحمد رحمه الله كما لا يخفى على المتأمل فلا وجه لنسبته إلى نفسه بقوله قلت قوله ولحمد أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك ، وإذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا) قال صاحب العناية في شرح هذا التعليل : ولحمد أن الجحود وهو أن يقول لم أوص لفلان أو ما أوصيت له نفي في الماضي لكونه موضوعا لذلك . والانتفاء في الحال ضرورة ذلك لاستمرار ذلك إن ثبت ما لم يتغير . وإذا كان الكذب ثابتا في الحال لكونه كاذبا في جحوده ، إذ الفرض أنه أوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلا فيبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال فكان الجحود لغوا انتهى . أقول : فيه خلل . أما أولا فلائنه جعل اسم كان في قول المصنف وإذا كان ثابتا في الحال الكذب ، وليس بمستقيم لأن الكذب مما لم يتقدم ذكره في كلام المصنف لا لفظا ولا معنى ولا حكما ، فكيف يصح أن يكون اسم كان في قوله المذكور ضميرا راجعا إلى الكذب . وأما ثانيا فلائنه لو كان المراد ذلك لزم أن يكون قول المصنف في الحال في قوله وإذا كان ثابتا في الحال مستلزكا لا طائل تحته ، فإن ثبوت الكذب في الجحود يقتضي كون الجحود لغوا من غير فصل بين أن يكون ثبوت ذلك في الحال أو في غيره من الأزمان . وأما ثالثا فلائنه لو كان المعنى ذلك لما تحقق الفائدة من قول المصنف والانتفاء في الحال ضرورة ذلك ، فإنه إذا كان الكذب في جحوده ثابتا بناء على كون الفرض أنه أوصى ثم جحد كان جحوده لغوا باطلا لاحكم له أصلا سواء كان الانتفاء في الحال من ضرورة ذلك أو لم يكن من ضرورته . ثم قال صاحب العناية : وفي بعض

في المسئلة روايتان . قال شيخ الإسلام : وهو الأصح . ومنهم من قال : المذكور في الجامع قول محمد : والمذكور في المبسوط قول أبي يوسف . قال شمس الأئمة السرخسي : هو الأصح ، لأن المعلى قال في نوادره : قال : سألت أبا يوسف عن رجل أوصى لرجل بوصية ثم جحد ، قال : يكون رجوعا ، وسألت محمدا : قال : لا يكون الجحود رجوعا ، وهو مختار المصنف واستدل لأبي يوسف بأن الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال ، وإذا كان نفي الحال وحده رجوعا فنفي الماضي والحال أولى أن يكون رجوعا (ولحمد أن الجحود) وهو أن يقول لم أوص لفلان أو ما أوصيت له (نفي في الماضي) لكونه موضوعا لذلك ، والانتفاء في الحال ضرورة ذلك لاستمرار ذلك إن ثبت ما لم يتغير ، وإذا كان الكذب ثابتا في الحال لكونه كاذبا في جحوده إذ الفرض أنه أوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلا فيبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال فكان الجحود لغوا . وفي بعض الشروح جعل اسم كان في قوله وإذا كان ثابتا في الحال الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما

(قوله وإذا كان الكذب ثابتا في الحال) أقول : لا يخفى عليك أن الكذب غير مذكور هنا ، ولا هو في حكم المذكور حتى يرجع إليه التفسير : وأيضا إذا كان المراد ذلك كان التقييد بقوله في الحال خاليا عن الفائدة (قوله وكلاهما)

أولاً الرجوع لإثبات في الماضي ونفى في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعاً حقيقة ، ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة

الشروح جعل اسم كان في قوله وإذا كان ثابتاً في الحال الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما مصادرة على المطلوب فتأمل انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن المصادرة على المطلوب إنما تلزم أن لو كان معنى كلام المصنف : وإذا كان الوصية أو الحق ثابتاً في الحال لعدم كون الجحود رجوعاً كان الجحود لغوا . وليس معناه ذلك بل معناه : وإذا كان الإيصاء أو الحق ثابتاً في الحال لكونه كاذباً في جحوده ، إذ الفرض أنه أوصى فيما مضى ثم جحد كان الجحود لغوا حيث كان النفي في الماضي باطلاً لظهور الكذب فبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال ، ولا مصادرة في هذا كما لا يخفى على ذي مسكة (قوله أولاً الرجوع لإثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعاً حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة) قال في العناية : فيه نظر من وجهين : أحدهما أنه قال في الدليل الأول : إن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك . وهنا قال : والجحود نفي في الماضي والحال وبينهما تناف . والثاني أنه لا يلزم من عدم كون الجحود رجوعاً حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازاً صونا لكلام العاقل عن الإلغاء . والجواب عن الأول أن قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضعاً وحقيقة وفي الحال ضرورة لا وضعاً وهو الأول فلا تنافي . وعن الثاني بأن الرجوع والجحود بالنظر إلى الماضي متضادان والتضاد ليس من مجوزات المجاز في الألفاظ الشرعية على ما قررناه في الأنوار والتقرير انتهى . أقول : يرد على جوابه عن النظر الثاني أن جواز استعمال الجحود في الرجوع مجازاً لا يتوقف على اعتبار علاقة المجاز التضاد بينهما حتى يلزم من عدم كون التضاد من مجوزات المجاز في الألفاظ الشرعية أن لا يجوز استعمال الجحود في الرجوع مجازاً أصلاً ، بل يجوز أن تكون العلاقة بينهما اشتراكهما في معنى خاص وهو كونهما نافيين في الحال وإن كان الجحود نافياً في الماضي أيضاً كما أفصح عنه في غاية البيان . وعن هذا قال في الذخيرة والمبسوط : والأصح قول أبي يوسف رحمه الله . وجهه أن الجحود كذب حقيقة إلا أنه يحتمل الفسخ مجازاً فيحمل على المجاز وهو الفسخ صيانة لكلام العاقل عن الإلغاء بقدر الإمكان ، وأمكن حمله على الفسخ لأن الموصى ينفرد بفسخ الوصية ، بخلاف البيع والإجارة إذا جحد أحد المتعاقدين لأن هناك تعذر حمله على الفسخ لأن أحد المتعاقدين هناك لا ينفرد بالفسخ حتى لو تجاحدا نقول بانفساخ العقد وبخلاف ما لو جحد الزوج النكاح من الأصل بأن قال لم أتزوجك لأن هناك أيضاً

مصادرة عن المطلوب فتأمل . وقوله (أولاً الرجوع لإثبات في الماضي ونفي في الحال ، والجحود نفي في الماضي والحال) دليل آخر . تحقيقه أن أحدهما مركب من النفي والإثبات والآخر مجرد النفي ، فلا يكون الجحود رجوعاً حقيقة ولا العكس أيضاً . وفيه نظر من وجهين : أحدهما أنه قال في الدليل الأول : إن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك ، وهما قال : والجحود نفي في الماضي والحال وبينهما تناف . والثاني أنه لا يلزم من عدم كون الجحود رجوعاً حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازاً صونا لكلام العاقل عن الإلغاء . والجواب عن الأول أن قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضعاً وحقيقة ، وفي الحال ضرورة لا وضعاً وهو الأول فلا تنافي . وعن الثاني بأن الرجوع والجحود بالنظر إلى الماضي متضادان ، والتضاد ليس من مجوزات المجاز في الألفاظ الشرعية على ما قررناه في الأنوار والتقرير ، ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة : يعني مستعاراً للطلاق ، لأن الجحود يقتضي عدم النكاح في الماضي والطلاق يقتضي وجوده فكانا متقابلين فلا يجوز استعارة أحدهما للآخر .

مصادرة عن المطلوب) أقول : فيه بحث ، فإنه إذا جعل اسم كان ضمير الوصية واستدل على صدق المقدم بذكره كما فعله الإيتاني لا يلزم المصادرة ، فإن المدعى هو عدم كون الجحود رجوعاً كما لا يخفى (قوله والجواب عن الأول أن قوله الخ) أقول : ويجوز أن يجاب عنه أيضاً بأنه مبني على التثنية والتسليم (قوله وعن الثاني بأن الرجوع والجحود بالنظر إلى الماضي الخ) أقول : وقد سبق منه أيضاً في باب الوكالة بالخصومة والقبض .

(ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهو حرام وربما لا يكون رجوعاً) لأن الوصف يستدعى بقاء الأصل (بخلاف ما إذا قال فهي باطلة) لأنه الذاهب المتلاشي (ولو قال آخرتها لا يكون رجوعاً) لأن التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين (بخلاف ما إذا قال تركت) لأنه إسقاط (ولو قال العبد الذى أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعاً) لأن اللفظ يدل على قطع الشركة (بخلاف ما إذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر) لأن المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها (وكذلك إذا قال فهو لفلان وارثى يكون رجوعاً عن الأول) لما بينا ويكون وصية للوارث . وقد ذكرنا حكمه (ولو كان فلان الآخر ميتاً حين أوصى فالوصية الأولى على حالها) لأن الوصية الأولى إنما تبطل ضرورة كونها الثانية ولم يتحقق فبقى للأول (ولو كان فلان حين قال ذلك حياً ثم مات قبل موت الموصى فهي للورثة) لبطلان الوصيتين الأولى بالرجوع والثانية بالموت .

(باب الوصية بثلاث المال)

قال (ومن أوصى لرجل بثلاث ماله ولآخر بثلاث ماله ولم تجز الورثة فالثلاث بينهما) لأنه يضيق الثالث عن حقهما إذ لايزاد عليه عند عدم الإجازة على ما تقدم وقد تساوى في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق : والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما (وإن أوصى لأحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلاث بينهما أثلاثاً) لأن كل واحد منهما يدلى بسبب صحيح وضاق الثالث عن حقيهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في أصحاب الديون فيجعل الأقل سهماً والأكثر سهمين فصار ثلاثة أسهم : سهم لصاحب الأقل وسهمان لصاحب الأكثر (وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله وللآخر بثلاث ماله ولم تجز الورثة ، فالثلاث بينهما على أربعة أسهم عندهما . وقال أبو حنيفة : الثلث بينهما نصفان . ولا يضرب أبو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث إلا في المحاباة والسعاية تعذر حله على الفسخ . لأن النكاح لا يحتمل الفسخ ولا يمكن أن يجعل كناية عن الطلاق . إذ لا مشابهة بينهما . لأن الجحود ينفي العقد والطلاق يقطع العقد ولا ينفيه انتهى تبصر .

(باب الوصية بثلاث المال)

لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم إجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي تتعلق به في هذا الباب وقوله (ولو قال كل وصية أوصيت بها) واضح . وقوله (لأن اللفظ يدل على قطع الشركة) قيل لأنه لم يذكر بينهما حرف الاشتراك ، وإنما جعل تلك الوصية بعينها لغيره . وقوله (لما بينا) إشارة إلى هذا التعليل . وقوله (وقد ذكرنا حكمه) يريد به ما تقدم من التوقف على إجازة بقية الورثة فإن أجازوا جاز وإلا فلا .

(باب الوصية بثلاث المال)

لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم إجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي تتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب . قال (ومن أوصى لرجل بثلاث ماله الخ) ومن أوصى لرجل بثلاث ماله ثم أوصى لآخر أيضاً بذلك فالورثة إما أن يجزوها أولاً . فإن أجازوا فلهما الثلثان ولهم الثلث ، وإن لم يجزوا فالثلاث بينهما نصفان ، إذ لايزاد على الثلث حينئذ ، وليس أحدهما أولى به من الآخر فتساوى في سبب الاستحقاق والتساوى فيه يوجب التساوى في الاستحقاق . فإن كان المحل يقبل الشركة جعل بينهما . وإن لم يكن كرجلين أقاما البينة على نكاح امرأة تبطل البيئتان جميعاً . وقوله (وإن أوصى لأحدهما بالثلث وللآخر بالسدس) واضح . وقوله (ولا يضرب أبو حنيفة) أى لا يجعل من ضرب في ماله سهماً : أى جعل

(باب الوصية بثلاث المال)

(قوله أى لا يجعل من ضرب في ماله سهماً) أقول : المراد بالضرب المضرب المصطلح بين الحساب وتفصيله في شرح الوقاية لصدر الشريعة

والدراهم المرساة) لهما في الخلافة أن الموصى قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل : وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحابة وأختها . وله أن الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الإجازة من الورثة ، إذ لانفاذ لها بحال فيبطل أصلا ، والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه كالمحابة الثابتة في ضمن البيع ، بخلاف مواضع الإجماع لأن لها نفاذا في الجملة بدون إجازة الورثة بأن كان في المال سعة فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة ، بخلاف ما نحن فيه . وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث .

بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب ، كذا في النهاية والعناية (قوله وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين تركته وقيمته تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث) أشار بهذا الكلام إلى صورة نقض ترد على وجه الفرق لأبي حنيفة رحمه الله بين المسائل الثلاث المجمع عليها وبين الخلافة ، وهي على ما ذكر في الكافي ومعراج الدراية ما إذا أوصى بعين بعينه لإنسان قيمته ألف وبعيد آخر بعينه لإنسان آخر قيمته ألفان ولا مال له سواهما فإن الخلاف المذكور ثابت فيه أيضا . مع أنه يتصور هناك تنفيذ الوصية لكل واحد منهما في جميع ماسماه له بدون إجازة الورثة لاحتمال أن يزيد مال الميت فيخرج العبدان من الثلث . وقال تاج الشريعة وصاحب العناية في تصوير صورة النقض هنا بأن كان عبدا أوصى به لرجل وبثلث ماله لآخر ولا

ومفعول لا يضرب محذوفا : أى لا يضرب شيئا وصورة المحابة عبدان لرجل قيمة أحدهما ألف ومائة وقيمة الآخر ستمائة وأوصى بأن يباع أحدهما لفلان بمائة والآخر لفلان بمائة فإنه حصلت المحابة لأحدهما بألف وللآخر بخمسائة والكل وصية لأنه في حال المرض ، فإن لم يكن له غيرهما ولم تجز الورثة جازت المحابة بقدر الثلث فيكون بينهما أثلاثا يضرب الموصى له بالألف بحسب وصيته وهي الألف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي خمسائة ، فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول أبي حنيفة وجب أن لا يضرب الموصى له بالألف في أكثر من خمسائة . وصورة السعاية أن يوصى بعقدين قيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ألفان ولا مال له غيرهما إن أجازت الورثة عتقا جميعا ، وإن لم يميزوا عتقا من الثلث وثلث ماله ألف فالألف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الألف للذي قيمته ألفان ويسعى في الباقي والثلث للذي قيمته ألف ويسعى في الباقي . وصورة الدراهم المرسلة : أى المطلقة هي أن يوصى لرجل بألفين وللآخر بألف درهم وثلث ماله ألف درهم ولم تجز الورثة فإنه يكون بينهما أثلاثا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته ، لأن الوصية في مخرجها صحيحة لجواز أن يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من الثلث ، ولا كذلك فيما إذا أوصى لرجل بثلث ماله وللآخر بنصف ماله أو بجميع ماله ، لأن اللفظ في مخرجه لم يصح لأن ماله لو كثر أو خرج له مال آخر يدخل فيه تلك الوصية ولا يخرج من الثلث (لهما في الخلافة) وهي ما إذا أوصى لأحدهما بجميع ماله وللآخر بثلثه (أن الموصى قصد شيئين الاستحقاق) على الورثة فيما زاد على الثلث وتفضيل بعض أهل الوصايا على بعض (وقد امتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحابة) والسعاية والدراهم المرسلة . ولأبي حنيفة أن الوصية وقعت بغير المشروع وحاصله أن التفضيل إنما يثبت بناء على الاستحقاق ، وإذا بطل الاستحقاق بطل ما ثبت في ضمنه (كالمحابة الثابتة في ضمن البيع) تبطل ببطلان البيع ، وهذا لأن الزيادة لما بطلت بقى كل منهما موصى له بالثلث وفي ذلك يتساويان فكذاك هاهنا (بخلاف مواضع الإجماع) يعني المحابة وأختها وهو واضح . وقوله (وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته) صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها . وقوله (وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث) يعني بأن كان عبدا أوصى به لرجل وبثلث ماله لآخر ولا مال له سوى العبد ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان ، وإن احتمل أن يكتسب هذا العبد مالا فتصير رقبته

(قوله وصورة الدراهم المرسلة : أى المطلقة) أقول : يعني غير المقيدة بأنها ثلث أو نصف أو نحوها ، كذا في صدر الشريعة (قوله صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها) أقول : أى على دليلها .

لأن هناك الحق تعلق بعين التركة ، بدليل أنه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية ، وفي الألف المرسله لو هلك التركة تنفذ فيما استفاد فلم يكن متعلقا بعين ماتعلق به حق الورثة . قال (وإذا أوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة . ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز) لأن الأول وصية بمال الغير ، لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وإن كان يتقدر به فيجوز . وقال زفر : يجوز في الأول أيضا فينظر إلى الحال والكل ماله فيه وجوابه ما قلنا . قال (ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه ، وهذا عند أبي حنيفة ،

مال سوى العبد ولم يجز الورثة فالثلث بينهما نصفان ، وإن احتمل أن يكتسب هذا العبد مالا فتصير رقبته مساوية لثلث المال أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال اه . أقول : فيه خلل ، لأن الموصى به بصير إذ ذاك هو العبد وثلث المال ، ولا يتصور حينئذ تنفيذ الوصية لكل واحد من الموصى له في جميع ما ماله له بدون إجازة الورثة وإن زاد مال الميت جدا ، لأن العبد يكون زائدا على الثلث في تلك الصورة لامحالة ، ولا يصح تنفيذ ما زاد على الثلث بدون إجازة الورثة فتكون تلك الصورة مخالفة للمسائل الثلاث المجمع عليها حيث أمكن في هاتيك المسائل الثلاث تنفيذ الوصية في جميع ما ماله لها في الجملة ، بخلاف تلك الصورة فلا تصلح لأن تكون صورة نقض للفرق المذكور من قبل أبي حنيفة هنا بل إنما تكون نظير الخلافية المذكورة من قبل (قوله لأن هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل أنه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية ، وفي الألف المرسله لو هلك التركة تنفذ فيما استفاد فلم يكن متعلقا بعين ماتعلق به حق الورثة) هذا هو الجواب عن النقض الذي أشار إليه آغا . قال الزيلعي : في التبيين بعد ما نقل ما في الهداية هنا : وهذا ينتقض بالمحاباة فإنها تعلقت بالعين مثله ومع هذا يضرب بما زاد على الثلث اه . أقول : ليس هذا النقض بوارد لأن المحاباة متعلقة بالثمن لا بالعين ، وقد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال : والوصية بالسعاية بمنزلة الدراهم المرسله ، وكذا بالمحاباة لأنها وصية بالثمن فصارت بمنزلة المال المرسل اه (قوله ولو أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه) اعلم أن هذا المحل من مداخل هذا الكتاب ولهذا

مساوية لثلث المال أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال . وقوله (لأن هناك الحق تعلق بعين التركة) يعني أن حق الموصى له تعلق بعين التركة ، ولهذا لو هلكت العين بطلت الوصية وإن استفاد مالا آخر ، وحق الورثة أيضا يتعلق بعين التركة فيما زاد على الثلث فيبطل حقه فيما زاد على الثلث لاستحالة اجتماع الحقين ، بخلاف الألف المرسله ، ولهذا لو هلكت تنفذ فيما استفاد فلم يتعلق بعين ما تعلق به حق الورثة فلا يلزم بطلانه . قال (ومن أوصى بنصيب ابنه) ومن أوصى بنصيب ابنه وهو موجود بطلت وصيته وإن لم يكن له ابن صح (وإن أوصى بمثل نصيب ابنه جاز) كان له ابن أو لم يكن (لأن الأول وصية بمال الغير لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت) بنص الكتاب ، والوصية بمال الغير لا تجوز (والثاني وصية بمثل نصيب الابن ، ومثل الشيء غيره وإن كان يتقدر بغيره) وقال زفر : جازت الأولى كالثانية نظرا إلى حال الوصية ، فإن المال كله له في ذلك الحال لكونه حيا بعد وللمالك أن يتصرف في ملكه كيف يشاء (وجوابه ما قلنا) وهو قوله لأن الأول وصية بمال الغير (قوله ولو أوصى بسهم من ماله) معناه فله السدس لا يزداد عليه ولا ينقص منه . فإن قيل : أخس الأنصباء أقله والثلث أقل من السدس فكيف جعله بمعنى السدس ، قلت : جعله بمعناه بما ذكر في الكتاب من الأثر واللغة . أما الأثر فإروى عن ابن مسعود وقدر فعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فيما يروى أن السهم هو السدس . وأما اللغة فإن إياس بن معاوية قاضي البصرة قال : السهم في اللغة عبارة عن السدس . واعلم أن عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضوع اختلفت اختلافا لا يكاد يعلم منه شيء ، وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير . قال في الكافي : فعلى رواية الأصل جواز أبو حنيفة النقض من السدس ولم يجوز الزيادة على السدس ، وعلى رواية الجامع الصغير جواز الزيادة على السدس ولم يجوز النقض من السدس ، ورواية المصنف تخالف كل واحد منهما لأن قوله إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس في رواية المبسوط . وقوله (ولا يزداد عليه) (قوله ولم يجوز النقض من السدس) أقول إلى هنا لفظ الكافي (قوله وقوله ولا يزداد عليه الخ) أقول : فيه تأمل ، فإن الطاهر أن المراد نفي

وقالا : له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزداد على الثلث إلا أن يجيز الورثة) لأن السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفا لاسيما في الوصية ، والأقل متيقن به فيصرف إليه ، إلا إذا زاد على الثلث فبرّد عليه لأنه لا مزيد عليه عند عدم إجازة الورثة . وله أن السهم هو السدس هو المروى عن ابن مسعود رضي الله عنه ، وقد رفعه إلى النبي عليه الصلاة والسلام فيما يروى ،

تحير الشراح في حله ؛ فقال أكثرهم منهم صاحب العناية : معناه فله السدس لا يزداد عليه ولا ينقص عنه . أقول : لا يخفى على ذى فطرة سليمة أنه لو كان المراد هذا المعنى لما كان لأدائه بمثل هذا التركيب المعضل المشوش وجه ، وهل يليق هذا بمنصب المصنف . وقال بعضهم : معنى قوله ولا يزداد عليه في هذه الصورة المستثناة في الكتاب وهي ما إذا كان أخس السهام أنقص من السدس ليوافق رواية الجامع الصغير فعلى هذا يكون ما في الكتاب ساكتا عن بيان الحكم إذا كان أخس السهام أزيد من السدس اهـ . أقول : لا يخفى على الفطن أن قول المصنف رحمه الله في تعليل قول أبي حنيفة في هذه المسئلة : وله أن السهم هو السدس الخ يقتضى أن يكون ما للموصى له في هذه المسئلة عنده هو السدس مطلقا : أى سواء كان أخس السهام هو السدس أو ناقصا عنه أو زائدا عليه ، فلا مجال لأن يكون ما في الكتاب موافقا لرواية الجامع الصغير على مقتضى التعليل المذكور ، فإن رواية الجامع الصغير تجوز الزيادة على السدس دون النقصان عنه ، والتعليل المذكور يتناقض ذلك . وقال صاحب العناية : فإن قيل : أخس الأنصباء أقله والثلث أقل من السدس فكيف جعله بمعنى السدس ؟ قلت : جعله بمعناه لما ذكره في الكتاب من الأثر واللغة اهـ . أقول : الجواب منظور فيه ، لأن ما ذكر في الكتاب إنما يستدعى جعل السهم بمعنى السدس لاجعل أخس الأنصباء الذى هو أقلها بمعنى السدس ، وكلام السائل في الثانى دون الأول كما ترى . والحق في الجواب ما يفهم مما ذكر في النهاية نقلا عن المبسوط وهو أن أقل الأنصباء باعتبار الأصل وهو القرابة إنما هو السدس ، وأما الثلث فإنما هو أقلها باعتبار العارض وهو الزوجية ، وما يكون عارضا في مزاحمة ما هو أصل كالمعدوم فيحمل اللفظ على أقل ما يستحق من السهام بالقرابة وهو السدس . ثم قال صاحب العناية : واعلم أن عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضع اختلفت اختلافا لا يكاد يعلم منه شيء ، وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير . قال في الكافي : فعلى رواية الأصل جواز أبو حنيفة النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس ، وعلى رواية الجامع الصغير جواز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ، ورواية المصنف تخالف كل واحدة منهما لأن قوله إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس في رواية المبسوط ، وقوله ولا يزداد عليه ليس في رواية الجامع الصغير ، فلما أنه أطلع على رواية غيرهما ، ولما أنه جمع بينهما ، إلى هنا لفظ العناية . أقول : كيف يتصور الجمع بينهما وقد صرح في الكافي بأن أبا حنيفة جواز على رواية الأصل النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس ، وجوز على رواية الجامع الصغير الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ، ونقل صاحب العناية ما في الكافي على وجه الارتضاء . ومعنى رواية المصنف على ما صرح به الشارح المزبور في صدر المسئلة أن أبا حنيفة رحمه الله لم يجوز النقصان عن السدس ولا الزيادة عليه ، فلا جرم تكون هذه الرواية منافية لكل واحدة من روايتي المبسوط والجامع الصغير لا تتحمل الجمع بينهما كما لا يخفى ، فلا وجه لقوله ولما أنه جمع بينهما . وأورد بعض الفضلاء على قوله وقوله ولا يزداد عليه : ليس في رواية الجامع الصغير حيث قال فيه تأمل ، فإن الظاهر أن المراد نفي الزيادة على السدس إذا نقص أخس السهام عن السدس لا مطلقا فحينئذ يكون ما في الكتاب رواية الجامع

ليس في رواية الجامع الصغير ، فلما أنه أطلع على رواية غيرهما ، ولما أنه جمع بينهما (وقالا : له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزداد على الثلث إلا أن يجيزه الورثة) ومفزعهما العرف (فإن السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفا لاسيما في الوصية ، والأقل متيقن فيصرف إليه إلا إذا زاد : أى الأقل (على الثلث فبرّد إليه لأنه لا مزيد عليه عند عدم إجازة الورثة) ولأبي حنيفة ما ذكرناه

ولأنه يذكر ويراد به السدس ، فإنّ إياسا قال : السهم في اللغة عبارة عن السدس ، ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى ما ذكرنا ،

الصغير اه . أقول : ليس هذا بمستقيم ، فإنّ التعليل الذي ذكره المصنف من قبل أي حنيفة رحمه الله تعالى بقوله وله أن السهم هو السدس الخ يقتضي لاحتمال أن يكون المراد بما في الكتاب نفي الزيادة على السدس مطلقا كما يقتضي أن يكون المراد به نفي النقصان عن السدس مطلقا ، فلا مجال لأن يكون المراد به رواية الجامع الصغير ، كما لا مجال لأن يكون المراد به رواية الأصل وقد كنت نهيت عليه فيما مرّ آنفا (قوله ولأنه يذكر ويراد به السدس الخ) قال صاحب العناية : قوله ولأنه يذكر ويراد به السدس الخ مشكل ، لأنه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى ما ذكرنا وفي بعضها فيعطى الأقل منهما . وفسر الأولى بعض الشارحين فقال : يعنى إن كان أحسن سهام الورثة أقل من السدس يعطى السدس لما ذكرنا أن السهم عبارة عن السدس ، وإن كان أحسن السهام أكثر يعطى ذلك ، لأن السهم يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة عملا بالدليلين ، فإن كان مراده بقوله ذلك أحسن السهام وإن كان أكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما في الكتاب فإن فيه الزيادة على السدس ، وقد قال في الكتاب : ولا يزداد عليه وإن كان مراده السدس فما ثمة عمل بالدليلين اه . واعترض بعض الفضلاء على قوله وقد قال في الكتاب ولا يزداد عليه حيث قال : فيه بحث ، إذ ليس المراد نفي الزيادة مطلقا ، بل على تقدير كون أحسن السهام ناقصا عن السدس فيصلح ذلك دليلا لما في الكتاب اه . أقول : قد مرّ منا غير مرة أن قول المصنف رحمه الله في تعليل هذه المسئلة من قبل أبي حنيفة بقوله وله أن السهم هو السدس هو المروى عن ابن مسعود رضي الله عنه ، وقد رفعه إلى النبي عليه الصلاة والسلام يقتضي كون المراد من

آنفا في جواب السؤال من أثر ابن مسعود وقول إياس . وقوله ولأنه يذكر ويراد به السدس الخ مشكل ، وذلك لأنه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى ما ذكرنا ، وفي بعضها فيعطى الأقل منهما . وفسر الأولى بعض الشارحين فقال : يعنى إن كان أحسن سهام الورثة أقل من السدس يعطى السدس لما ذكرنا أن السهم عبارة عن السدس ، وإن كان أحسن السهام أكثر منه يعطى ذلك لأن السهم يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة عملا بالدليلين ، فإن كان مراده بقوله ذلك أحسن السهام وإن كان أكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما ذكر في الكتاب ، فإن فيه الزيادة على السدس ، وقد قال في الكتاب : ولا يزداد عليه وإن كان مراده السدس فما ثمة عمل بالدليلين . وأما الثانية وهو قوله فيعطى الأقل منهما يؤدي إلى النقصان عن السدس وفي الكتاب إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس . وأيضا قوله (ما ذكرنا) إن أراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لأنه يتم بقول إياس وإن أراد به الأقل منهما عاد الاعتراض المذكور وهو الأداء إلى النقصان عن السدس ، وأرى أن المراد بقوله ما ذكرنا هو الأقل منهما ليكون معنى التسختن واحدا ، وأشار بذلك إلى رواية المبسوط وهي ما ذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيها بذلك على أن المذكور في الكتاب من قوله إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه ليس رواية واحدة ، وإنما هو مركب من روايتين فإن كان هذا مراده فهو كما ترى تعمية ، وإن كان غير ذلك فالله أعلم به ، وجهه المقل دموعه . وصورة المسئلة ما إذا أوصت المرأة بسهم من مالها ثم ماتت وتركت زوجا وبنتا على رواية

(قوله وقد قال في الكتاب ولا يزداد عليه) أقول : فيه بحث ، إذ ليس المراد نفي الزيادة مطلقا ، بل على تقدير كون أحسن السهام ناقصا من السدس فيصلح ذلك دليلا لما في الكتاب . نعم يرد عليه أن العمل بالدليلين يوجد إذا أعطى السدس إذا كان أحسن السهام أكثر وأعطى ذلك إذا كان أقل مع أن فيه العمل بالمتيقن فجعل ما ذكر دليلا لرواية المبسوط أولى كما لا يخفى (قوله وأيضا قوله ما ذكرنا الخ) أقول : لم لا يجوز أن يكون معنى الكلام أن السهم يذكر ويراد به السدس ، ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى السدس لتعينه بأثر ابن مسعود فليتأمل (قوله وأرى أن المراد بقوله ما ذكرنا هو الأقل) أقول : كيف يراد ما ذكره وأثر ابن مسعود يدل على تعيين السدس فلا يستقيم التفريع في قوله فيعطى ، وأرى أن ذلك ليس إشارة إلى رواية المبسوط ولا إلى رواية الجامع الصغير ، وإلا فيلزم المخالفة بين الدليلين فتدبر (قوله على رواية

قالوا : هذا كان في عرفهم ، وفي عرفنا السهم كالجزة . قال (ولو أوصى بجزء من ماله قبل للورثة أعطوه ما شئتم) لأنه مجهول يتناول القليل والكثير ، غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فإليهم البيان .

مسئلة الكتاب نبي الزيادة مطلقا فلا يصلح ما ذكره بعض الشارحين دليلا عليه كما قاله صاحب العناية . ثم قال صاحب العناية : وأما الثانية وهو قوله فيعطى الأقل منهما فتوحدى إلى النقصان عن السدس وفي الكتاب إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس . وأيضا قوله ما ذكرنا إن أراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لأنه يتم بقول إياس وإن أراد به الأقل منهما عاد الاعتراض المذكور وهو الأداء إلى النقصان عن السدس اهـ . وقصد بعض الفضلاء أن يجب عن قوله وأيضا قوله ما ذكرنا الخ حيث قال : لم لا يجوز أن يكون معنى الكلام أن السهم يذكر ويراد به السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى السدس لتعيينه بأثر ابن مسعود رضي الله عنه فلي تأمل اهـ . أقول : ليس هذا بشيء ، لأن أثر ابن مسعود رضي الله عنه هو الدليل الأول ، فلو كان معنى الدليل الثاني ما ذكره ذلك القائل كان مدار هذا الدليل أيضا أثر ابن مسعود فيلزم التكرار والاستدراك كما لا ينبغي . ثم قال صاحب العناية : وأرى أن أراد بقوله ما ذكرنا هو الأقل منهما ليكون معنى النسختين واحدا . وأشار بذلك إلى رواية المبسوط وهي ما ذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيها بذلك على أن المذكور في الكتاب من قوله إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه ليس رواية واحدة ، وإنما هو مركب من روايتين اهـ . أقول : هذا الذي ذهب إليه سقيم جدا لا ينبغي أن يريده العاقل فضلا عن مثل المصنف الفطن الكامل فإن قواه فيعطى ما ذكرنا مذكور بصدد إقامة الدليل على ما قدمه من الرواية المخالفة لرواية المبسوط ورواية الجامع الصغير كما اعترف به هذا الشارح فيما قبل ، فكيف يصح منه الإشارة في الدليل إلى ما يخالف المدعى وينافيه . ثم إن كون المذكور في الكتاب مركبا من روايتي المبسوط والجامع الصغير مما لا مجال له كما بيناه فيما قبل فلا وجه لقوله وإنما هو مركب من روايتين (قوله ولو أوصى بجزء من ماله قيل للورثة أعطوه ما شئتم لأنه مجهول يتناول القليل والكثير ، غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فإليهم البيان) قال صاحب التسهيل : أقول : دلت هذه المسئلة على أن أحدا لو أقر بمجهول كقوله لفلان على دين ولم يبين قدره فمات مجهلا يحبر ورثته على البيان ، وكذا لو أقيم البينة على إقراره بمجهول ينبغي أن يقبل ويحبر ورثته على البيان اهـ . ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال بعد نقل ذلك : قلت : ما ذكره قياس مع الفارق ، لأن الإقرار ولو بمجهول يوجب تعلق الغير به من وقت الإقرار فيجبر المقر على بيانه بطلب المقر له ، فإذا فات الجبر في حياته بوفاته سقط سببا إذا كان

الجامع الصغير يعطى السدس في قول أبي حنيفة ، وعندهما يعطى الربع : أى مثل الربع فيعطى الخمس تجعل المسئلة على قوله على ستة حاجتنا إلى السدس للموصي له سهم بقيت خمسة للزوج منه الربع ولا يستقيم عليه فيضرب في أصل المسئلة مخرج الكسر وهو أربعة تبلغ أربعة وعشرين كان للموصي له سهم يضرب في أربعة فهو أربعة وهو سدس المال بقى عشرون للزوج منها الربع وهو خمسة والباقي للبنت ، وعلى قولهما على خمسة يزداد مثل أخس سهام الورثة ، وهو واحد على الفريضة وهي أربعة فتصير خمسة يعطى الموصي له سهم والزوج سهم وهو ربع الباقي بعد نصيب الموصي له وما بقى فللبنت ، وإنما كان كذلك لأن الموصي أوصى بمثل نصيب الزوج ومثل الشيء غيره فيزداد مثل الربع على الأربعة ليكون المزيد مثالا للربع ، وأما على رواية الأصل فتخرجه كتخريجهما ، وعلى هذا قس أمثاله وخرجهما على الروايتين . وقوله (قالوا) أى مشايخنا كان هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزة (ولو أوصى بجزء من ماله قيل للورثة أعطوه ما شئتم لأنه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فإليهم البيان) ولو أوصى ببعض من ماله أو بطائفة أو بنصيب أو بشيء فالحكم كذلك

الجامع الصغير يعطى السدس (أقول : بل ذلك رواية المبسوط على ما نقله من الكافي ، وعلى رواية الجامع الصغير يعطى له الربع) قوله وأما على رواية الأصل فتخرجه الخ (أقول : فيه نظر . بل على رواية الجامع الصغير فتخرجه كتخريجهما .

قال (ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أو فى مجلس آخر له ثلث مالى وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه . ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أو فى غيره سدس مالى لفلان فله سدس واحد) لأن السدس ذكر معرفاً بالإضافة إلى المال . والمعرفة إذا أعيدت يراد بالثانى عين الأول هو المجهود فى اللغة . قال (ومن أوصى بثلاث دراهمه أو بثلاث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقى من ماله فله جميع ما بقى) وقال زفر : له ثلث ما بقى . لأن كل واحد منهما مشترك بينهما والمال المشترك يتوى ماتوى منه على الشركة ويبقى ما بقى عليها وصار كما إذا كانت التركة أجناساً مختلفة . ولنا أن فى الجنس الواحد يمكن جميع حق أحدهم فى الواحد ولهذا يجزى فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية

بتقصير من المقر له فلم ينب عنه ورثته ، بخلاف الوصية بمجهول لعدم ثبوت حق الغير إلا بعد موت الموصى فقبل موته لا يجزى على بيانه وبعد موته تعلق الحق بتركته ولا يمكن جبره فيجبر من يقوم مقامه إحياء لحق ثابت اهـ . أقول : ليس هذا بسديد . لأنهم صرحوا بأن ليس من شرط القياس أن يكون المقيس فى معنى المقيس عليه من كل الوجوه . بل يكفى الاشتراك فى علة هى مدار الحكم فى المقيس عليه ، فجرد الفرق بين ما نحن فيه وبين الإقرار بالمجهول فى كون تعلق حق الغير به فى الإقرار من وقت الإقرار وفى الوصية بعد الموت لا يضر بصحة القياس المنفهم مما ذكره صاحب التسهيل . وإنما يضر بها الفرق فى العلة التى هى مدار الحكم ، وهو ليس بمتحقق هنا ، فإنه لما كان مدار ثبوت الجبر بالبيان لورثة الموصى الذين يقومون مقام الموصى إحياء حق ثابت بالوصية كان ينبغى أن يثبت الجبر بالبيان لورثة المقر بالمجهول أيضاً إذا مات مجهلاً إحياء لحق ثابت بالإقرار . فقول ذلك البعض فإذا فات الجبر فى حياة المقر بوفاته سقط إن أراد به أنه سقط عنه الحق أصلاً فليس بصحيح ، إذ لاشك أنه لا تسقط حقوق العباد المتعلقة بالمال بموت من عليه الحق بل تؤخذ من تركته ، وإن أراد به أنه سقط عنه الجبر لعدم إمكانه وإن كان بقى أصل الحق عليه فهو مسلم ، لكن لا نسلم قوله فلم ينب عنه ورثته ، فإنه لما بقى حق المقر عليه وكان ذلك عليه مجهولاً محتاجاً إلى البيان لعدم إمكان القضاء بالمجهول وكان من عليه الحق عاجزاً عن البيان بعد موته كان ينبغى أن ينوب عنه ورثته فى البيان كما فى الوصية بالمجهول تأمل توقف (قوله ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أو فى مجلس آخر له ثلث مالى وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه) لأن الكلام الثانى يحتمل أنه أراد به زيادة السدس على الأول حتى يتم له الثلث :

وقوله (وأجازت الورثة فله ثلث المال) فإن قيل : إذا أجازت الورثة كان الواجب أن يكون له نصف المال وإلا لم يبق لقوله وأجازت الورثة فائدة فالجواب أن معناه حقه الثلث وإن أجازت الورثة ، لأن السدس يدخل فى الثلث من حيث أنه يحتمل أنه أراد بالثانية زيادة السدس على الأول حتى يتم له الثلث ، ويحتمل أنه أراد بها إيجاب الثلث على السدس فيجعل السدس داخلاً فى الثلث لأنه متيقن وحلاً لكلامه على ما يمكنه وهو الإيصاء بالثلث . وقوله (والمعرفة متى أعيدت يراد بالثانى عين الأول) قد قررناه فى التقرير مستوفى بتوفيق الله تعالى . قال (ومن أوصى بثلاث دراهمه أو بثلاث غنمه) ومن أوصى بثلاث دراهمه أو بثلاث غنمه (فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقى من ماله فله جميع ما بقى . وقال زفر : له ثلث ما بقى ، لأن كل واحد منهما) أى من المالك والباقى (مشترك بين الورثة والموصى له والمال المشترك يتوى ماتوى منه على الشركة ويبقى ما بقى منه عليها ، وصار كما إذا كانت التركة أجناساً مختلفة) وهو القياس (ولنا أن هذا جنس واحد والجنس الواحد يمكن فيه جمع حق أحدهم فى الواحد) أى يمكن جمع حق شائع لكل واحد فى (فرد ولهذا يجزى فيه الجبر على القسمة) مع ما فيه من الجمع ، وإذا أمكن الجمع جمعاً حق الموصى له فيما بقى تقديماً للوصية على الإرث لأن الموصى له جعل حاجته فى هذا المعين مقدمة على حق الورثة بقدر الموصى به ، فكان حق الورثة كالتابع وحق الموصى له كالأصل ، والأصل فى مال اشتمل على أصل وتبع إذا هلك شئ منه أن يجعل المالك من التابع دون الأصل ، كمال المضاربة إذا كان فيه ربح وهلك بعضه يصرف المالك إلى الرب الذى هو

(قوله لأن كل واحد منهما : أى من المالك والباقى) أقول : ويجوز أن يكون المعنى كل فرد من نوعى الدراهم والنم ، بل هذا المعنى

مقدمة فيجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدراهم . بخلاف الأجناس المختلفة لأنه لا يمكن الجمع فيها جبراً فكذا تقديمنا . قال (ولو أوصى بثلاث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثاها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق إلا ثلث ما بقي من الثياب . قالوا : هذا) إذا كانت الثياب من أجناس مختلفة ، ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم ، وكذلك المكيل والموزون بمنزلة الدراهم لأنه يجري فيه الجمع جبراً بالقسمة (ولو أوصى بثلاث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له إلا ثلث الباقي ، وكذا الدور المختلفة) وقيل هذا على قول أبي حنيفة وحده لأنه لا يرى الجبر على القسمة فيها . وقيل هو قول الكل لأن عندهما القاضى أن يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع ، والأول أشبه للفقهاء المذكور .

ويحتمل أنه أراد به إيجاب ثلث على السدس حتى يصير المجموع نصفاً وعند الاحتمال لا يثبت له إلا القدر المتيقن فيجعل السدس داخلًا في الثلث حملاً لكلامه على المتيقن ، هذا زيادة مافي الشروح . قال بعض المتأخرين بعد ذكر الدليل على هذا المنوال : هكذا قالوا ، وهذا كما ترى حمل للكلام على أحد محتمليه . ولك أن تقول : لما كان الكلام محتملاً للمعنيين وكان القدر الثابت به ييقن على الاحتمالين الثلث . قلنا : ما ثبت به من الوصية هو الثلث لكن لا بطريق جملة على أحد محتمليه كما زعموا . بل يجعله بمنزلة أن يقال بدأ ثلث مالى وصية لأن المتيقن بثبوت الثلث بمجموع الاحتمالين لا بأولهما ، إلى هنا كلامه . أقول : ليس هذا بشيء إذ لا شك أن المتيقن بثبوت الثلث بأول الاحتمالين . فإن زيادة الثلث على السدس كما هو الاحتمال الأول يقتضى ثبوت الثلث بلا ريب ، وانضمام الاحتمال الثانى إليه إنما يفيد جواز إرادة النصف ولا تأثير له في ثبوت الثلث لثبوته بدون ذلك . فالعلمنى الصحيح هنا ما ذكره الجمهور لا ما زاده ذلك البعض من عند نفسه . وقال صاحب العناية : فإن قيل : إذا أجازت الورثة كان الواجب أن يكون له نصف المال وإلا لم يبق لقوله وأجازت الورثة فائدة . فالجواب أن معناه حقه الثلث وإن أجازت الورثة لأن السدس يدخل في الثلث من حيث أنه يحتمل أنه أراد بالثانية زيادة السدس على الأول حتى يتم له الثلث ، ويحتمل أنه أراد بها

تبع لا إلى رأس المال (وصارت الدراهم) أى صارت الوصية بثلاث الدراهم كالوصية بالدراهم الواحد . ولو أوصى بدرهم وله ثلاثة دراهم فهلك درهمان وبقي درهم وهو يخرج من الثلث كان له الدرهم فكذلك هذا . وقوله (بخلاف الأجناس المختلفة) بجواب عن قول رفر كما إذا كانت التركة أجناساً ، ووجهه أن الجمع فيها غير ممكن : فإنه إذا تركها وطلب بعض الورثة القسمة وأبى الباقيون فإن القاضى لا يجبرهم على القسمة ، لأن الغرض من القسمة الانتفاع فلا بد من المعادلة وهى فيها متعذرة ، وإذا تعذر الجمع تعذر التقديم لأن فيه الجمع فبقى الكل مشتركاً بين الورثة والموصى له أثلاثاً ، فما هلك هلك على الشركة وما بقى بقى عليها أثلاثاً ، وظهر من هذا قوله ولو أوصى بثلاث ثيابه ، وأما إذا أوصى بثلاث ثلاثة من رقيقه من جنس واحد أو بثلاث ثلاثة من الدور فليس له إلا الثلث الباقي لكثرة التفاوت ، هكذا أجاب محمد في الجامع الصغير من غير ذكر خلاف . واختلف المشايخ (فقيل هذا قول أبي حنيفة وحده لأنه لا يرى الجبر على القسمة) فيها فأما على قولهما فالدور جنس واحد وكذلك الرقيق ، فيكون للموصى له العبد الباقي والدار الباقية لأن للقاضى أن يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب كل واحد منهم في عبد باعتبار القيمة لاتحاد الجنس ، وإلى هذا مال الفقيه أبو الليث والإمام فخر الإسلام . وقيل المذكور في الجامع قول الكل لأن عندهما لا يجب على القاضى القسمة بل يجوز له (أن يجتهد ويجمع وبدون ذلك) أى بدون اجتهد القاضى وجمعه (يتعذر الجمع) وإذا هلك لم يكن هناك فعل من القاضى فكان المال على الشركة ما بقى وما هلك (والأول) وهو أن يكون في المسئلة اختلاف (أشبه للفقهاء المذكور) وهو أن أبا حنيفة لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور المختلفة لأنه يجعلها أجناساً مختلفة ، وهما

ألام لقوله يتوى ماتوى الخ . قال العلامة الإتقانى في وجه قول زفر : إن الموصى لما مات بقى المال مشتركاً بين الورثة والموصى له ، والمال المشترك إذا هلك بمضه هلك على الشركة ، وإذا بقى يبق على الشركة ، فكذلك هاهنا الذى هلك أثلاثاً ، والذى بقى بقى أثلاثاً ، ويقول زفر نأخذ فهو القياس انتهى ، وفيه فوائد لا تحصى (قوله وظهر من هذا قوله) أقول : قوله قوله فاعل ظهر .

قال (ومن أوصى لرجل بألف درهم وله مال عين ودين ، فإن خرج الألف من ثلث العين دفع إلى الموصى له) لأنه أمكن إيفاء كل ذي حق حقه من غير بنحس فيصار إليه ، وإن لم يخرج دفع إليه ثلث العين ، وكأما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الألف لأن الموصى له شريك الوارث ، وفي تخصيصه بالعين بنحس في حق الورثة لأن للعين فضلا عن الدين . ولأن الدين ليس بمال في مطلق الحال وإنما يصير مالا عند الاستيفاء وإنما يعتدل النظر بما ذكرناه . قال (ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فإذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد) لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من أهلها ، كما إذا أوصى لزيد وجدار . وعن أبي يوسف

إيجاب ثلث على السدس فيجعل السدس داخلًا في الثلث لأنه متيقن وحملًا لكلامه على ما يملكه وهو الإيصاء بالثلث اهـ . أقول : في قوله وحملًا لكلامه على ما يملكه وهو الإيصاء بالثلث بحث ، لأن ما يملكه إنما يكون هو الإيصاء بالثلث إذا لم تجز الورثة . وأما إذا أجازت كما هو المفروض هنا فيملك الإيصاء بما زاد على الثلث أيضًا ، ويتملكه المحاز له من قبل الموصى عندنا كما مر في أوائل هذا الكتاب فلا تتم هذه العلة تدبر (قوله لأنه أمكن إيفاء كل ذي حق حقه من غير بنحس فيصار إليه) أقول : فيه تأمل فإنه إنما يظهر أن لو كان حق الموصى له في العين خاصة وليس كذلك بل هو شائع في العين والدين معا كما صرحوا به . وقالوا : الأصل فيه أن الوصية المرسلة تكون شائعة في كل المال لكون الموصى له إذ ذاك شريك الورثة ، وعن هذا لا يأخذ الألف كمالًا في صورة إن لم يخرج الألف من ثلث العين ، وإذا كان حق الموصى له شائعًا في جميع التركة الذي هو العين والدين كشيوع حق الورثة فيه كان تخصيص حق الموصى له بالعين في صورة إن خرج الألف من ثلث العين بنحسًا في حق الورثة كما في الصورة الأخرى ، إذ يلزم حينئذ أن يأخذ الموصى له جميع حقه من العين الذي له فضل على الدين ويأخذ الورثة بعض حقه من العين وبعض حقه من الدين . وهذا بنحس في حقهم لاحتالة مناف لما يقتضيه حق الشركة من تعديل النظر للجانبين فليتأمل في الدفع ولعله تسكب فيه العبرات (قوله ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فإذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد ، لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من أهلها كما إذا أوصى لزيد وجدار) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام :

يريان ذلك لأنهما يجعلانها جنسًا واحدًا . قال (ومن أوصى لرجل بألف درهم) ومن أوصى لرجل بألف درهم (وله مال عين ودين فإن خرج الألف من ثلث العين) بأن كان له ثلاثة آلاف درهم نقداً (دفع) الألف منه (إلى الموصى له) وإن لم يخرج فإن كان النقد ألفًا دفع منه إليه ثلثه (وكلما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الألف لأن الموصى له شريك الوارث) والأصل في المال المشترك أن يوفي حق كل من الشركاء بلا بنحس . ولا بنحس في حق أحد بتخصيص الموصى له بالعين في الأول فيصار إليه ، وفي الثانية بنحس في حق الورثة بتخصيص الموصى له بالعين (لأن للعين فضلا على الدين) على ما ذكر في الكتاب فكان فيما ذكرنا تعديل النظر للجانبين . قيل الموصى به ألف من المال والدين ليس بمال ، فإن من حلف أنه لا مال له لم يحث بديون له على الناس . سلمناه ولكن لانسلم أن الموصى له شريك الورثة مطلقًا ، فإن من أوصى لرجل بشيء معين وهو يخرج من الثلث فهلك فلا ضمان على الوارث ، ولو كان شريكًا له لوجب على الوارث حصة الموصى له فيما بقي من المال . والجواب عن الأول أن الموصى به ألف أعم من أن يكون مالا في الحال أو في المال لأن الوصية تتعلق بالتركة وكلاهما تركة . وعن الثاني بأنه شريك الوارث إذا كانت في غير معين . وأما في المعين فإن الوارث كالمودع لا يضمن إذا لم يتعد . وقوله (ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله) واضح . واندفع بقوله (فلا يزاحم الحي) ما إذا أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة فمات أحدهما فإن الباقي نصف الثلث لوجود المزاومة بينهما حال الملك ، ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كموت

(قوله فإن الباقي نصف الثلث لوجود المزاومة بينهما) أقول : قد سبق أن الوصية تملك بالقبول إلا في مسئلة فتذكر فإنه ينفعك هاهنا (قوله حال الملك) أقول : يعنى حال موت الموصى .

رحمه الله أنه إذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث ، لأن الوصية عنده صحيحة لعمره ولم يرض للحى إلا نصف الثلث بخلاف ما إذا علم بموته لأن الوصية للميت لغوفكان راضيا بكل الثلث للحى ، وإن قال ثلث مالى بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمره نصف الثلث ، لأن قضية هذا اللفظ أن يكون لكل واحد منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم ، ألا ترى أن من قال ثلث مالى لزيد وسكت كان له كل الثلث ، ولو قال ثلث مالى بين فلان وسكت لم يستحق الثلث . قال (ومن أوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت) لأن الوصية عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعد فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله ، وكذلك إذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا . ولو أوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم فى الأصل فالوصية باطلة لما ذكرنا أنه لإيجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ ، وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواته عند الموت ، وإن لم يكن له غنم فاستفاد ثم مات فالصحيح أن الوصية تصح ، لأنها لو كانت بلفظ المال تصح ، فكذا إذا كانت باسم نوعه ، وهذا لأن وجوده قبل

واندفع بقوله فلا يزاحم الحى ما إذا أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة فمات ثم مات أحدهما فإن للباقي نصف الثلث لوجود المزاخمة بينهما حال الملك ، ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كموت أحد الورثة بعدموت المورث اه . أقول : فى تقرير الشارح المذكور هنا قصور . أما أولا فلأنه أضاف اندفاع الإشكال بالمسئلة التى ذكرها إلى قوله فلا يزاحم الحى مع أن اندفاعه بمجموع التعليل بل بقوله لأن الميت ليس بأهل للوصية فى الحقيقة ، وإنما قوله فلا يزاحم الحى متفرع على ذلك ، والأصل أن يضاف الحكم إلى الأصل دون الفرع . وأما ثانيا فلأن الظاهر من قوله لوجود المزاخمة بينهما حال الملك أن يكون المراد بالمزاخمة المنفية فى قول المصنف فلا يزاحم الحى هو المزاخمة حال الملك وهى حال موت الموصى وذلك مع كونه غير تام فى نفسه ، لأنه إذا أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله وهما بالحياة فمات أحدهما قبل موت الموصى كان للباقي منهما نصف الثلث لا كله كما صرحوا به ، مع أن العلة هناك أيضا التزاحم ، وإن التزاحم فيه إنما يتصور فى حال إيجاب الموصى لا فى حال الملك إذا كان أحدهما ميتا فى حال الملك ولا تزاحم للميت غير مطابق لما ذكره الشارح المذكور فى تعليل جواب ظاهر الرواية فيما بعد حيث قال : ولم يفرق بين علم الموصى بحياته وعدمه فى ظاهر الرواية لأن استحقاق الحى منهما لجميع الثلث بعدم المزاخمة عند إيجاب الموصى ، وفى هذا لافرق بين العلم وعدمه اه . وأما ثالثا فلأنه لم يتعرض لبيان اندفاع الإشكال بمسئلة أخرى أيضا بعبارة الكتاب ، وهى أى تلك المسئلة ما إذا أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة فمات أحدهما قبل موت الموصى فإن للباقي نصف الثلث هناك أيضا كما ذكرنا من قبل مع أن التعليل المذكور فى الكتاب يفيد اندفاع ذلك أيضا ، فالتقرير الظاهر الواسع فى شرح هذا المقام ما أفاده صاحب النهاية حيث قال : وبهذا التعليل خرج الجواب عما لو أوردوا شبهة على هذه المسئلة بأن قالوا ما لافرق بين هذه المسئلة وبين ما لو أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة ثم مات الموصى ثم مات أحدهما كان للباقي نصف الثلث والنصف الآخر لورثة الميت منهما ، وكذلك لو مات أحدهما قبل موت الموصى كان للباقي نصف الثلث ، ولكن هنا كان النصف الآخر للموصى

أحد الورثة بعد موت المورث ، ولم يفرق بين علم الموصى بحياته وعدمه فى ظاهر الرواية ، لأن استحقاق الحى منهما لجميع الثلث بعدم المزاخمة عند إيجاب الموصى ، وفى هذا لافرق بين العلم وعدمه ، والضمير فى قوله لأن الوصية عنده للموصى والباقي ظاهر . وقوله (ومن أوصى بثلث ماله) ظاهر . وقوله (فالصحيح أن الوصية تصح) احتراز عن قول بعض المشايخ إن الوصية باطلة لأنه أضاف إلى مال خاص فصار بمنزلة التعيين ، كما لو أوصى بهذه الشاة ولم تكن فى ملكه ثم ملك فإنها غير صحيحة . قال الفقيه أبو الليث : هذا القول ليس بصحيح عندنا ، لأنه أضاف الوصية إلى غنم مرسل بغير تعيين فصار بمنزلة

(قوله قال الفقيه أبو الليث) أقول : فى كتاب نكت الوصايا .

الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ؛ ولو قال له شاة من مالى وليس له غنم يعطى قيمة شاة لأنه لما أضافه إلى المال علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة إذ ماليتها توجد في مطلق المال ، ولو أوصى بشاة ولم يصفه إلى ماله ولا غنم قيل لا يصح لأن المصحح لإضافته إلى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها ، وقيل تصح لأنه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم أن مراده المسالية ؛ ولو قال شاة من غنمى ولا غنم له فالوصية باطلة ، لأنه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم ، بخلاف ما إذا أضافه إلى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل . قال (ومن أوصى بثلاث ماله لأمهات أولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة أسهم من خمسة أسهم) قال ، رضى الله عنه : وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله .

لما أن في المسئلة الأولى قد تمت الوصية لهما بموت الموصى ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كموت أحد الورثة بعد موت المورث ، وفي المسئلة الثانية لما مات أحدهما قبل موت الموصى بطلت حصته لأن الوصية في معنى عقد مضاف إلى ما بعد الموت فيشترط بقاء من أوجب له عند وجود الوصية ولم يوجد حيث مات قبل موت الموصى فيبطل نصيبه ، كما لو مات أحد الورثة قبل موت المورث وللآخر نصف الثلث ، لأن الانقسام قد حصل بينهما مند الإيجاب لكون كل واحد منهما أهلا لإيجاب الوصية له فيبطلان حق أحدهما لا يزداد نصيب الآخر ، كما لو رد أحدهما الوصية كان للآخر نصف الثلث ، وهذا على خلاف مسألة الكتاب فإن فيها للحي كل الثلث ، لأن الميت ليس من أهل الوصية له ، وإنما ينتقص حقه بإثبات المراجعة ولم تثبت المراجعة حيث كان الآخر ميتا فبقى الثلث للحي منهما بمنزلة ما لو قال ثلث مالى لفلان وللمولى فالثلث كله لفلان ، إلى هنا لفظ النهاية فتبصر (قوله ولو قال شاة من غنمى ولا غنم له فالوصية باطلة لأنه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعله جزءا من الغنم) اعلم أنه وقع في عبارة الوقاية ولا شاة له موضع ولا غنم له الواقع في عبارة الهداية في وضع هذه المسئلة فقال صدر الشريعة في شرحه لاوقاية : واعلم أنه قال في الهداية ولا غنم له وقال في المتن ولا شاة له ، وبينهما فرق لأن الشاة فرد من الغنم ، فإذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم ، لكن إذا لم يكن له غنم لا يلزم أن لا يكون له شاة لاحتمال أن يكون له واحد لا كثير ، فعبارة الهداية تناولت صورتين : ما إذا لم يكن له شاة أصلا ، وما يكون له شاة لا غنم له ، ففي صورتين تبطل الوصية ، وعبارة المتن لم تتناول إلا الصورة الأولى ولم يعلم منها الحكم في الصورة الثانية ، فعبارة الهداية أشمل لكن هذه أحوط اه كلامه . ورد عليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال في شرحه : إنما قال ولا شاة له ولم يقل ولا غنم له كما قال صاحب الهداية ، لأن الشاة فرد من الغنم ، فإذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم بدون العكس ، والشرط عدم الجنس لا عدم الجمع حتى لو وجد الفرد تصح الوصية يفصح عن ذلك قول الحاكم الشهيد في الكافي : ولو قال شاة من غنمى أو قفيز من حنطى فإن الحنطة اسم جنس لا اسم جمع اه . وقال في حاشيته : أخطأ هنا صدر الشريعة حيث قال تبطل الوصية في صورتين اه . وقصد بعض المتأخرين أن يجب عنه حيث قال بعد نقل كلام صدر الشريعة : واعترض عليه بعض الأفاضل بما حاصله أن عبارة الوقاية هي الصواب ، وأن الحكم في وجود الفرد صحة الوصية ، وزعم أن الشرط عدم الجنس لا عدم الجمع . قلت : بعد تسليم أن الغنم جمع أو اسم جمع لا اسم جنس أن نبي الغنم كما وقع في عبارة الهداية وعامة الكتب هو الصواب ، وأنه لا تصح الوصية بوجود شاة واحدة لأن الشرط عدم الجمع إلا عدم الجنس كما زعمه المعترض لأنه أوصى بشاة من غنمه ، فإذا لم يكن له غنم

إضافته إلى ثلث المال . وقوله (وعلى هذا يخرج كثير من المسائل) ففهمنا ما ذكره في المبسوط بقوله لو قال بقفيز من حنطة من مالى وبثوب من مالى فإنه يصح الإيجاب وإن لم يكن ذلك في ملكه ، بخلاف ما إذا قال من حنطى أو من ثيابى فإنه إذا لم يوجد ذلك في ملكه أو هلك قبل موته فلا شيء للموصى له ، والفرق ما ذكرناه ، قال (ومن أوصى بثلاث ماله لأمهات أولاده) ما ذكره واضح صورة وتعليلا ، خلا قوله وأصله أن الوصية لأمهات الأولاد جائزة فإنه يحتاج إلى بعض بيان ، وهو أن الوصية لمن جائزة استحسانا . والقياس أن لا تصح لأن الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت ، وإنما تستحق الوصية بعد موت

وعن محمد رحمه الله أنه يقسم على سبعة أسهم لمن ثلاثة ولكل فريق سهمان ، وأصله أن الوصية لأمهات الأولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان ، وفسرناهما في الزكاة لمحمد رحمه الله أن المذكور لفظ الجمع وأدناه في الميراث اثنان نجد ذلك في القرآن فكان من كل فريق اثنان وأمهات الأولاد ثلاث فلهذا يقسم على سبعة . ولهما أن الجمع

بل فرد لم يتحقق شاة من غنمه فتبطل الوصية فهذا هو السر في تعميم الغنم دون الشاة إلى هنا كلامه . أقول : الظاهر عندى مما ذكره في تحليل هذه المسئلة أن تصح الوصية بوجود شاة واحدة ، لأن الموصى به في هذه المسئلة وهو الشاة يصير موجودا حينئذ فتصير الوصية بشيء موجود لا معدوم ، ولا مانع لصحة الوصية هنا سوى كون الموصى به معلوما ، فإذا وجدت شاة واحدة اتفنى المانع . نعم لا يوجد حينئذ ما أضيفت الشاة إليه من الغنم على تقدير أن يكون الغنم اسم جمع لا اسم جنس لكون المقصود من الإضافة إلى الغنم تعيين أن مراده عين الشاة لا ماليتها ، ويحصل ذلك المقصود من مجرد الإضافة إليها ، ولا يقتضى وجودها البتة كوجود الشاة التي هي الموصى به . وما يرشد إلى كون جواب هذه المسئلة فيما إذا لم توجد شاة أصلا أنه قال الحاكم الشهيد في الكافي : ولو قال شاة من غنمى أو قفيز من حنطى وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة . وقال شيخ الإسلام علاء الدين الإسيبجاني في شرحه : لأنه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده الوصية بعين الشاة لأنه جعله جزءا من الغنم . وأنه يصلح جزءا للغنم بصورته ومعناه فصارت الوصية بشيء معدوم ولا وجود له عند الموت أيضا فلا تصح اه تأمل تفهم (قوله وأصله أن الوصية لأمهات الأولاد جائزة) وهذا استحسان ، وكان القياس أن لا تصح الوصية لأم الولد لأن الوصية تملك مضاف

مولاهما وذلك حال حلول العتق بها فالعتق يحلها وهي أمة فتستحق الوصية وهي أمة ، والوصية لأمته بشيء غير رقبته باطلة . وجه الاستحسان أن الوصية مضافة إلى ما بعد عتقها لأحال حلول العتق بها بدلالة حال الموصى ، لأن الظاهر من حاله أن يقصد وصية صحيحة لا باطلة ، والصحيحة هي المضافة إلى ما بعد عتقها . فإن قيل : الوصية بثلاث المال لعبد جائزة ولم يعتق بعد موته وأم الولد ليست أقل حالا منه فكيف لم تصح الوصية لها قياسا . أجيب بأن الوصية بثلاث المال للعبد إنما جازت لتناوله ثلث رقبته فكان وصية برقبته ، والوصية برقبته إعتاق وهو يصح منجزا ومضافا ، بخلاف أم الولد فإن الوصية لها بذلك ليست إعتاقا لأنها تعتق بموت المولى وإن لم يكن ثمة وصية أصلا . ولقائل أن يقول : الوصية بثلاث المال إما أن صادفتها بعد موت المولى وهي حرة أو أمة ، فإن كان الأول فلا وجه لنفى القياس ، وإن كان الثانى فكذلك لأنها كالعبد الموصى له بثلاث المال . والجواب أنها ليست كالعبد لأن عتقها لا بد وأن يكون بموت المولى ، فلو كان بالوصية أيضا توارد علتان مستقلتان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبته وذلك باطل . وقوله (وأدناه في الميراث) قيد بذلك احترازا عن فصل الزكاة ، فإن لفظ الجمع هناك منصرف إلى الواحد بالإجماع بين أصحابنا ، ثم لما كان لفظ الجمع في الميراث مصروفا إلى الاثنين والوصية في معناه من حيث أن كلا منهما تملك المال بعد الموت كان الجمع هناك أيضا منصرفا إلى الاثنين . وقوله (نجد ذلك في القرآن) يريد به قوله

(قوله والوصية لأمته بشيء غير رقبته باطلة) أقول : فيه بحث ، لأن بطلان الوصية لأمته بشيء غير رقبته إنما هو لأنها ليست من أهل أن يملك ما سوى رقبته ولأنها تكون وصية للوارث ، وليس إحدى تينك العلتين بموجودة في أم الولد . أما الأولى فلأن الموصى له يملك الوصية بالقبول وهي حينئذ حرة أهل لأن تملك . وأما الثانية فلأنها لا تنتقل إلى الورثة حتى يلزم الوصية وارثا فليأتمل (قوله فإن قيل : الوصية بثلاث المال لعبد جائزة ولم يعتق بعد موته) أقول : وفي المحيط وفي الكافي في المتفرقات من كتاب الرضايا : ولو أوصى بثلاث ماله لعبد عتق ثلثه بعد موته عند أبي حنيفة لأنه من جملة مال الميت فلك ثلث نفسه كما يملك ثلث سائر أمواله ، ومن ملك نفسه عتق . وسعى في ثلث قيمته للوارث وملك ثلث سائر أمواله . لأنه كالمكاتب عنده والوصية للمكاتب صحيحة ، وعندها يعتق كله ويبدأ بالعتق من الثلث ، فإن فضل شيء دفع إليه وهي حينئذ فرع تجزى الإعتاق انتهى . وفي المحيط : ولو أوصى لعبد بشيء من رقبته يصح ، ولو أوصى له بشيء من ماله لا يصح لأن العبد من أهل أن يملك رقبته وليس من أهل أن يملك ما سوى رقبته ، ولأن الوصية لعبد بمال وصية لوارثه لأن الملك في العبد والموصى به يقع لوارثه ، والوصية لوارثه باطلة ، فأما الوصية بالرقبة فوصية له لا لوارثه ، لأن الوصية بالرقبة إعتاق ولو أوصى له بثلاث ماله ورقبته أقل من ثلثه عتق لأنه أوصى له بثلاث رقبته ، فإن رقبته من مال الميت ، والوصية للعبد برقبته جائزة

الحلى بالألف واللام يراد به الجنس ، وأنه يتناول الأدنى مع احتمال الكل ، لاسيما عند تعذر صرفه إلى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فيبلغ الحساب خمسة والثلاثة للثلاث . قال (ولو أوصى بثلثه لفلان وللماكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما) وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ، ولو أوصى للمساكين له صرفه إلى مسكين واحد عندهما . وعنده لا يصرف إلا إلى مسكينين بناء على ما بيناه . قال (ومن أوصى لرجل بمائة درهم وآخر بمائة ثم قال لآخر فد أشركتكم معهما فله ثلث كل مائة) لأن الشركة للمساواة لغة ، وقد أمكن إثباته

إلى ما بعد الموت فهي إنما تستحق الوصية بعد موت مولاها ، وبعد موت مولاها حال حلول العتق بها فالعتق يحلها وهي أمة ، والوصية لأمة بشيء غير رقبته باطلة . وجه الاستحسان أن الوصية مضافة إلى ما بعد عتقها إلى حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصى ، لأن الظاهر من حاله أن يقصد بإيصائه وصية صحيحة لا باطلة ، والصحيحة هي المضافة إلى ما بعد عتقها ، كذا في عامة الشروح ، وعزاه جماعة من الشراح إلى الذخيرة . أقول : فيما ذكرنا من وجه القياس نظر ، لأن قولهم وبعد موت مولاها حال حلول العتق بها ممنوع ، بل حال حلول العتق بها إنما هي حال موت مولاها لا بعد موت مولاها ، إذ لا شك أن أم الولد تعتق حين موت مولاها ولا ينتظر عتقها إلى ما بعد موته ، فهي بعد موت مولاها حرة فلم تكن الوصية لأم الولد وصية للأمة في شيء ، فلم يتم وجه القياس ولم يحتج إلى ما تكلفوه في وجه الاستحسان . ولعل الإمام قاضيه خان والإمام الحارثي عن هذا قالوا : أما جواز الوصية لأمهات أولاده فلأن أو أن ثبوت الوصية وعملها بعد الموت وهن حرائر بعد الموت فتجوز الوصية لهن كما ذكره صاحب النهاية نقلًا عنهما . ثم قال في العناية : فإن قيل : الوصية بثلث المال لبعده جائزة ولم يعتق بعد موته وأم الولد ليست أقل حالًا منه فكيف لم تصح لها الوصية قياسًا . أجيب بأن الوصية بثلث المال للعبد إنما جازت لتناوله ثلث رقبته فكانت وصية برقبته . والوصية برقبته إعتاق وهو يصح منجزًا أو مضافًا بخلاف أم الولد فإن الوصية ليست إعتاقًا لأنها تعتق بموت المولى وإن لم يكن ثمة وصية أصلاً . ولقائل أن يقول : الوصية بثلث المال أما إن صادفتها بعد موت المولى وهي حرة أو أمة ، فإن كان الأول فلا وجه لنفي القياس ، وإن كان الثاني فكذلك لأنها كالعبد الموصى له بثلث المال . والجواب أنها ليست كالعبد لأن عتقها لا بد وأن يكون بموت المولى ، فلو كان بالوصية أيضا توارد علتان مستقلتان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبته وذلك باطل ، إلى هنا لفظ العناية . أقول : لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن السؤال الثاني وجوابه لغو من الكلام بعد أن ذكر ما قبلهما على الوجه الذي قرره ، لأن الترديد الواقع في هذا السؤال إن كان على موجب الاستحسان دون القياس فالشق الأول متعين . ولا معنى لقوله فلا وجه لنفي القياس . وإن كان على مقتضى القياس كما هو الظاهر فالشق الثاني مختار . والفرق بين أم الولد والعبد الموصى له بثلث المال قد علم في جواب السؤال الأول قطعاً فلا معنى للإعادة وقوله ومن أوصى لرجل بمائة درهم وآخر بمائة ثم قال لآخر قد أشركتكم معهما فله ثلث كل مائة) قال صاحب النهاية : وهذا استحسان ، وفي القياس

تعالى . فإن كان له إخوة فلأمة السلدس . والمراد بها الاثنان فصاعداً وقد عرف في موضعه ، وكذا قوله (وإنه يتناول الأدنى مع احتمال الكل) قال (ومن أوصى لرجل بمائة درهم) صورة المسئلة ظاهرة ودليلها وجه الاستحسان والقياس أن يكون له نصف كل مائة لأن لفظ الإشراف يقتضي التسوية عند الإطلاق ، قال الله تعالى - فهم شركاء في الثلث - وقد أشرك الثالث فيما أوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب أن يكون له نصف كل مائة . وجه الاستحسان أنه أثبت الشركة وهي تقتضي المساواة والمساواة إنما تثبت إذا أخذ من كل واحد منهما ثلث المائة مقتضى إشارته إليها جملة واحدة ، وإنما يأخذ نصف كل مائة

ويستحق ثلث باقي المال لأنه حر ، وإن كان الثلث أقل عتق بقدر الثلث وله ثلث ماسوى رقبته من المال لأنه حر عندهما ، وبمزية المكاتب عند أبي حنيفة ، والوصية للحر أو للمكاتب جائزة ، وإن بقى كان ثلث ما بقى من المال مثل ثلثي السعاية يتقاصان وإن كان أكثر أخذ الفضل منهم ، وإن كان أقل أعطى الفضل انتهى كلامه .

بين الكل بما قلناه لاتحاد المال لأنه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة ، بخلاف ما إذا أوصى لرجل بأربع مائة
ولآخر بمائتين ثم كان الإشتراك لأنه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المسالين فحملناه على مساواته
كل واحد بتنصيب نصيبه عملا باللفظ بقدر الإمكان . قال (ومن قال لفلان على دين فصدقه) معناه قال
ذلك لورثته (فإنه يصدق إلى الثلث) وهذا استحسان . وفي القياس لا يصدق لأن الإقرار بالجهول وإن كان
صحيحا لكنه لا يحكم به إلا بالبيان وقوله فصدقه صدر مخالفا للشرع لأن المدعى لا يصدق إلا بحجة فتعذر إثباته
إقرارا مطلقا فلا يعتبر . وجه الاستحسان أنا نعلم أن من قصده تقديمه على الورثة وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق
الوصية وقد يحتاج إليه من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره سعيًا منه في تفرغ ذمته فجعلها وصية جعل
التقدير فيها إلى الموصي له كأنه قال إذا جاءكم فلان وادعى شيئًا فأعطوه من مالى ما شاء ، وهذه معتبرة من
الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة . قال (وإن أوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لأصحاب الوصايا
والثلثان للورثة) لأن ميراثهم معلوم . وكذا الوصايا معارضة وهذا مجهول فلا يزاحم المعارض فيقدم عزل
المعلوم ، وفي الإفراز فائدة أخرى وهو أن أحد الفريقين قد يكون أعلم بمقدار هذا الحق وأبصر به والآخر ألد

له نصف كل مائة لأن لفظ الإشتراك يقتضى التسوية عند الإطلاق ، قال الله تعالى - فهم شركاء في الثلث - وقد أشرك الثلث فيما
يوصى به لكل واحد منهم في استحقاق المائة وذلك يوجب أن يكون له نصف كل مائة . وجه الاستحسان أنه أثبت الشركة
بينهم وهى تقتضى المساواة ، وإنما تثبت المساواة إذا أخذ من كل واحد منهما ثلث المائة ، أما إذا أخذ من كل واحد منهما
نصف المائة حصل له مائة فلا تثبت المساواة بينهم ، فعلم بهذا أنه أشركه معها جملة واحدة فلا يعتبر بإشراكه إياه مع كل واحد
منهما متفرقا انتهى . واقتضى أثره صاحب العناية . أقول : فيه بحث ، لأن الشركة للمساواة لغة كما صرح به المصنف فيقتضى لفظ
الإشتراك التسوية بلا ريب ، فإن كان معنى قول الموصي للثلث قد أشركتكم معها إشراكه معها جملة واحدة أى التسوية بين
الكل لا إشراكه مع كل واحد منهما منفردا : أى تسويته مع كل واحد بنصف نصيبه بعينه فلا معنى لوجه القياس المذكور ،
وإن كان معناه هو الثانى فلا معنى لوجه الاستحسان المذكور . وبالجمله ما ذكره الشارحان المزيوران من وجهى القياس
والاستحسان معنيان متضادان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد ، فعنى كلام الموصي لغة وعرفا أحدهما لا غير فلم يصلح هذه
المسئلة للقياس والاستحسان على ما ذكرناه ، وعن هذا لم أر أحدا ذكر القياس والاستحسان في هذه المسئلة سوى ذنبك الشارحين ،
والذى يظهر من كلام المصنف هو أن التسوية بين الكل هو المعنى فيما أمكن تحقق المساواة بين الكل ، وإلا يحمل على المساواة مع
كل واحد بنصف نصيبه عملا باللفظ بقدر الإمكان ، وبهذا فرق بين المسئلتين كما ترى ولا غبار فيه (قوله وفي القياس لا يصدق
لأن الإقرار بالجهول وإن كان صحيحا لكنه لا يحكم به إلا بالبيان) يعنى لا يحكم به إلا إذا قرن ببيان من جهة المقر وقد فات بموته ،
كذا في العناية وغيرها . أقول : لقائل أن يقول : لم لا ينوب عنه الورثة في البيان كما في الوصية بالجهول مثل أن أوصى بجزء من
ماله فإنه يقال هناك للورثة أعطوا ما شئتم بناء على أنه مجهول يتناول القليل والكثير والورثة قائلون مقام الموصي فإليه البيان كما مر

لو كان اشتراكه مع كل واحد منفردا وليس كذلك (بخلاف ما إذا أوصى لرجل بأربع مائة درهم ولآخر بمائتين ثم كان الإشتراك
أى ثم قال لآخر أشركتكم معها فإن له نصف كل ما لكل منهما لأن تحقق المساواة فيهم غير ممكن (لتفاوت المسالين) فلا بد
من العمل بمفهوم لفظ الإشتراك (فحملناه على مساواته لكل) واحد منهما كما هو وجه القياس (عملا باللفظ بقدر الإمكان)
وقوله (ومن قال) يعنى لورثته (على فلان دين فصدقه) يصدق إلى الثلث استحسانا (وفي القياس لا يصدق لأنه أقر
بجهول) والإقرار بالجهول وإن كان صحيحا لكن إذا اقترن به من جهة المقر بيان وقد فات بموته ، وقوله فصدقه : يعنى
فيما قال لا يصلح بيانا لكونه (صدر مخالفا للشرع لأن المدعى لا يصدق إلا بحجة فتعذر إثباته إقرارا مطلقا من كل وجه ، فلا

نحصاها ، وعساهم يختلفون في الفضل إذا ادعاه الخصم وبعد الإفراز يصح لإقرار كل واحد فيها في يده من غير منازعة (وإذا عزل يقال لأصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم) لأن هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ ، فإذا أقر كل فريق بشيء ظهر أن في التركة ديناً شائعاً في النصيبين (فيؤخذ أصحاب الثلث بثلاث ما أقرّوا والورثة بثلاثي ما أقرّوا) تنفيذا لإقرار كل فريق في قدر حقه

في الكتاب فتأمل (قوله وإذا عزل يقال لأصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لأن هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ الخ) قال صاحب العناية : حاصله أنه تصرف يشبه الإقرار لفظاً ويشبه الوصية تنفيذاً ، فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث ، وباعتبار شبه الإقرار يجعل شائعاً في الأثلاث ، ولا يخص بالثلث الذي لأصحاب الوصايا عملاً بالشبهين اهـ . وقد سبقه تاج الشريعة إلى بيان حاصل هذا المقام بهذا الوجه . أقول : فيه كلام : وهو أن العمل بمجموع الشبهين إن كان أمراً واجباً كما هو الظاهر المعروف فما بالهم لم يعملوا بشبه الإقرار في هذا التصرف إذا لم يوص بوصايا غير ذلك كما تقدم ، بل جعلوه وصية جعل التقدير فيها إلى الموصي له كما إذا قال إذا جاءكم فلان وادّعى شيئاً فأعطوه من مالي ولم يعتبروا شبه الإقرار قط حيث لم يعملوا له حكماً أصلاً في تلك الصورة وإن لم يكن ذلك أمراً واجباً فكيف يصلح ذلك تعليلاً لجواب هذه المسئلة في هذه الصورة . واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال : فيه بحث ، فإنه لا يؤخذ بقوله في هذه الصورة لا في الثلث ولا في أقل منه ، بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الرصايا فتأمل اهـ . وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه فقال في الحاشية بعد نقل ذلك قلت بعد تسليم ذلك أن عدم التصديق في الزيادة على الثلث لا يوجب التصديق في الثلث ، فالمعنى لا يصدق في صورة دعوى الزيادة بل يؤخذ بقولهم فلا اعتبار فيه فتأمل اهـ . أقول : ليس هذا بمستقيم ، فإن مراد ذلك المعترض أنه لا يؤخذ بقول المدعى في هذه الصورة لافي الثلث ولا في أقل منه كما لا يؤخذ بقوله في الزيادة على الثلث بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا بالغاً ما بلغ . فنأين يظهر اعتبار شبه الوصية ، وليس مراده أن قول صاحب العناية فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة يدل على أن يصدق في الثلث وما دونه ، وليس كذلك حتى يتم الجواب عنه بما ذكره . لك الحبيب تأمل تقف . ثم إن الإمام الزليعي استشكل هذا المحل بوجه آخر حيث قال في شرح الكنز : هذا مشكل من حيث أن الورثة كانوا يصدقونه إلى الثلث ولا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث وههنا لزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث لأن أصحاب الوصايا أخذوا الثلث على تقدير أن تكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق في أيديهم من الثلث شيء فوجب أن لا يلزمهم تصديقه انتهى . أقول : هذا الإشكال ساقط جداً ، إذ لا يلزم الورثة في هذه الصورة أن يصدقوه إلى الثلث ، كما لا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث ، وإنما اللازم لهم ولأصحاب الوصايا في هذه الصورة أن يصدقوه فيما شاءوا ، وليس في هذه الصورة إلزام الورثة أن يصدقوه في أكثر من الثلث ، فإن أصحاب الوصايا فيما إذا كانت الوصايا تستغرق الثلث كله لا يأخذون الثلث بطريق التملك التام ، بل إنما يأخذونه بطريق العزل والإفراز ، فكان ذلك الثلث باقياً على حكم جواز تصرف الورثة فيه

يعتبر . وجه الاستحسان أننا نعلم أن المقرر قصد بهذا الكلام تقديمه على الورثة) وهو مالك لذلك في الثلث وأمكن تنفيذه بطريق الوصية فينفذ . فإن قيل : لو كان قصده الوصية لصرح بها . أجاب بقوله (وقد يحتاج) أي المقرر إلى مثل هذا الكلام لعلمه بأصل الحق الذي عليه دون مقداره سعياً منه في تفرغ ذمته فبجعلها) أي هذه الوصية (وصية جعل التقدير فيها إلى الموصي له كأنه قال إذا جاءكم فلان وادّعى شيئاً فأعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق إلى الثلث دون الزيادة) وقوله (فإن أوصى بوصايا غير ذلك الخ) واضح ، وحاصله أنه تصرف يشبه الإقرار لفظاً ويشبه الوصية تنفيذاً فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث ، وباعتبار شبه الإقرار يجعل شائعاً في الأثلاث ولا يخص بالثلث الذي لأصحاب الوصايا عملاً بالشبهين .

(قوله فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة) أقول : فيه بحث فإنه لا يؤخذ بقوله في هذه الصورة لافي الثلث ولا في أقل منه بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا فتأمل .

وعلى كل فريق منهما التمسك على العلم إن ادعى المقر له زيادة على ذلك لأنه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره . قال (ومن أوصى لأجنبي ولوارثه فللأجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث) لأنه أوصى بما يملك الإيصاء به وبما لا يملك فصح في الأول وبطل في الثاني ، بخلاف ما إذا أوصى لحي وميت لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من أهلها ولهذا تصح بإجازة الورثة فافترقا ، وعلى هذا إذا أوصى للقاتل وللأجنبي ، وهذا بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه وللأجنبي حيث لا يصح في حق الأجنبي أيضا ، لأن الوصية لإنشاء تصرف والشركة تثبت حكما له فتصح في حق من يستحقه منهما وأما الإقرار فإخبار عن كائن ، وقد أخبر بوصف الشركة في الماضي ، ولا وجه لإثباته بدون هذا الوصف لأنه خلاف ما أخبر به ، ولا إلى إثبات الوصف لأنه يصير الوارث فيه شريكا ولأنه لو قبض الأجنبي شيئا كان للوارث أن يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الإنشاء

بتصديقهم المدعى فيما شاء ، ولا يضر بذلك عدم بقاء ذلك الثلث في أيديهم من جهة العزل والإفراز ، ولئن سلم عدم بقاء ذلك الثلث المخصوص في أيديهم من كل الوجوه حتى من جهة جواز تصرفهم فيه بتصديقهم المدعى أيضا فيكني جواز التصرف لهم في مطلق الثلث الشائع في جميع المال ، وعن هذا قالوا : إن هذا تصرف يشبه الإقرار والوصية ، فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث ، وباعتبار شبه الإقرار يجعل شائعا في الأثلاث ولا يخص بالثلث الذي لأصحاب الوصايا عملا بالشبهين تأمل ترشد (قوله وعلى كل فريق منهما التمسك على العلم إن ادعى المقر له زيادة على ذلك) قال بعض المتأخرين : ينبغي أن لا يحلف الورثة إذا بلغ ما أخذ من الفريقين ثلث المال إن كان ما ادعاه زائدا عليه ويحلف أصحاب الوصايا لبقاء شيء من الثلث في أيديهم فتأمل اهـ أقول : ليس هذا بكلام صحيح . أما قوله ينبغي أن لا يحلف الورثة إذا بلغ ما أخذ من الفريقين ثلث المال إن كان ما ادعاه زائدا عليه فلأن تحليف الورثة فيما إذا كان ما ادعاه زائدا على الثلث ليس بموجب هذه المسئلة ، بل لكون المدعى هناك ممن يدعى حقا لنفسه من تركة الميت ، ولأرب أن ادعاء ما زاد على الثلث من تركة الميت لا يمنع صحة الدعوى ، فإذا صحت الدعوى فلا جرم يحلف الورثة إذا أنكر وا . وأما قوله ويحلف أصحاب الوصايا لبقاء شيء من الثلث في أيديهم فلأن دعوى الدين لا تختص بالثلث الذي في أيدي أصحاب الوصايا ، بل يختص بثلث مال الميت مطلقا والمدعى فيما إذا ادعى زائدا على الثلث إنما يدعى الدين في حق

وقوله (ومن أوصى لأجنبي ولوارثه) ظاهر . وقوله (وهذا) أي هذا الإيصاء (بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه وللأجنبي حيث لا يصح في حق الأجنبي) كما لا يصح في حق الوارث (لأن الوصية لإنشاء تصرف) أي ابتداء تمليك من غير أن يكون بينهما شركة قبلها ، والشركة إنما تثبت حكما له عقبيه فحيث لم يقع التمليك الذي هو السبب صحيحا لا يثبت حكمه وهو الشركة فكان نصيب كل منهما مفزعا عن نصيب الآخر بحسب صحة السبب وعدمها . وأما في الإقرار فسبب الشركة غيره وهو ما كان سببا قبلها ، فإن الإقرار يقتضي سبق المخبر به وهو المال المشترك بينهما . وفي ذلك : أي في الإقرار بالمال المشترك إقرار للوارث على ما ذكر في الكتاب وهو باطل ، ولا فرق في ذلك بين ما إذا تصادقا على ذلك أو جحد الأجنبي أو الوارث ذلك أو أنكره جميعا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : إذا لم يتصادقا صح في حصة الأجنبي ، لأن الوارث مقر بطلان حقه وبطلان حق شريكه فيبطل في نصيبه ويثبت في نصيب الآخر ، وقالوا : إثباته مشتركا هو المبطل وقد وجد . ولقاتل أن

(قال المصنف : ولأنه لو قبض الأجنبي شيئا الخ) أقول : ينبغي أن يتأمل أنه هل يمكن جملة دليلا بلا ملاحظة الدليل الأول . (قال المصنف : حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا) أقول : لأنه لو صح في نصيب الأجنبي فإخذ الوارث نصفه منه لأنه أخذ بعض دين مشترك في زعمه فيبطل ذلك النصف ويصير للورثة فيرجع الوارث ثانيا عليه بنصف ما بقى في يده لأنه لم يسلم له ما أخذ أولا واستحق هكذا إلى أن بقى في يده فليس فلا يكون مفيدا في حق الأجنبي فانهم ، إلا أن هذا التقرير لا يلائم ظاهر كلام المصنف ثم لا يزال يقبض فيبطل

حصّة أحدهما ممتازة عن حصّة الآخر بقاء وبطلانا . قال (ومن كان له ثلاثة أثواب جيد ووسط وريء فأوصى بكل واحد لرجل فصاع ثوب ولا يدرى أيها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة) ومعنى جحدوهم أن يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقه قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل . قال (إلا أن يسلم الورثة الثوبين الباقيين ، فإن ساءوا زال المانع وهو الجحد فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الأجود ، ولصاحب الأوسط ثلث الجيد وثلث الأدون فثبت الأدون ، ولصاحب الأدون ثلثا الثوب الأدون) لأن صاحب الجيد لاحق له في الرديء بيقين ، لأنه إما أن يكون وسطا أو رديئا ولا حق له فيهما ، وصاحب الرديء لاحق له في الجيد الباقي بيقين ، لأنه إما أن يكون جيدا أو وسطا ولا حق له فيهما . ويحتمل أن يكون الرديء هو الرديء الأصلي فيعطى من محل الاحتمال ، وإذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الأدون لم يبق إلا ثلث الجيد وثلث الرديء فيتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة . قال (وإذا كانت الدار بين رجلين فأوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل فإنها تقسم ، فإن وقع البيت في نصيب الموصى فهو

الزيادة على الثلث لا الوصية : حتى لو ادعى الوصية فيه لاسمع دعواه رأسا فضلا عن التحليف (قوله ومعنى جحدوهم أن يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي هو حقه قد هلك) أقول : في ظاهر تعبير المصنف هاهنا فساد لأن هلاك حق كل واحد منهم إنما يتصور فيما إذا ضاع الأثواب الثلاثة معا ، والمفروض في وضع المسئلة أن يضع ثوب واحد منها غير معلوم الخصوصية ، فكيف يصح أن يقول الوارث لكل واحد منهم الثوب الذي هو حقه قد هلك فإنه كذب ظاهر لا ينبغي أن يسمع أصلا ،

يقول : هذا الإقرار بالنظر إلى الأجنبية صحيح ، وبالنظر إلى الوارث غير صحيح ، فما وجه ترجيح جهة الفساد بحيث تعدى إلى إبطال حق الغير ؟ فالجواب أن وجه ذلك هو القاعدة المستمرة وهي أن اليقين لا يزول بالشك . وتقريره أن حصّة كل منهما غير ممتازة عن غيرها ، في كل جزء فرضته يشتر كان فيثبت للأجنبي المالك فيه بالنظر إلى صحة الإقرار له ولا يثبت بالنظر إلى الوارث . ولم يكن له ملك قبل الإقرار فلا يثبت بالشك . وقوله (بقاء وبطلانا) أي بقاء في حق الأجنبية وبطلانا في حق الوارث يعني تبقى الوصية صحيحة في حق الأجنبية وتبطل في حق الوارث لامتياز حصّة كل منهما عن حصّة الآخر . قال (ومن كان له ثلاثة أثواب جيد ووسط وريء الخ) رجل له ثلاثة أثواب جيد ووسط وريء ، تخرج من ثلث ماله وأوصى بكل ثوب منها لرجل بعينه ثم مات فهلك أحد الأثواب ولا يدرى أيها هو وقالت الورثة لكل واحد منهم بعينه قد هلك الثوب الذي هو حقه كانت الوصية باطلة لكون المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود وهو إتمام غرض الموصى (إلا أن تسلم لهم الورثة الثوبين الباقيين) فإن المانع حينئذ قد زال فيقسم فيما بينهم على ما ذكر المصنف في الكتاب ، وهو واضح إذا ابتدأ بتعليل جانب صاحب الجيد وصاحب الرديء ، وإن ابتدأ بتعليل جانب صاحب الوسط فله وجه آخر ، وهو أن يقال : المالك إن كان أرفع من الباقيين فحق صاحب الوسط في الجيد منهما ، وإن كان المالك أردأ من الباقيين فحق صاحب الوسط في الرديء منهما ، فحقه يتعلق بهذا مرة وبذلك أخرى ، وإن كان المالك هو الوسط فلا حق له في الباقيين ، فإذا كان حقه يتعلق بكل واحد من الباقيين في حال ولا يتعلق في حالين فيأخذ ثلث كل واحد فبقي صاحب الجيد وصاحب الرديء فصاحب الجيد يدعى الجيد ولا يدعى الرديء لأنه لاحق له فيه قطعاً وصاحب الرديء يدعى الرديء دون الجيد فيسلم ثلثا الجيد لصاحب الجيد وثلثا الرديء لصاحب الرديء . وقوله (وإذا كانت الدارين رجلين) ظاهر إلى قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع

في ذلك القدر ، لكن الأمر سهل (قال المصنف : لأنه إما أن يكون وسطا أو رديئا ولا حق له فيهما) أقول : ويحتمل أن يكون الجيد هو الجيد الأصل (قوله فإذا كان حقه يتعلق الخ) أقول : مثلا يتعلق بالجيد حال كون المالك أجود ، ولا يتعلق به حال كونه وسطا وحال كونه أردأ من الرديء ، وقس عليه تعلقه بالرديء .

للموصى له) عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد نصفه للموصى له ، وإن وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : مثل ذرع نصف البيت له أنه أوصى بملكه وبملك غيره ، لأن الدار بجميع أجزائها مشتركة فينفذ الأول ويوقف الثاني ، وهو أن ماله بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لتنفيذ الوصية السالفة ، كما إذا أوصى بملك الغير ثم اشتراه ، ثم إذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصى تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت ، وإن وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذاً للوصية في بدل الموصى به عند فواته ، كالجارية الموصى بها إذا قتلت خطأ تنفذ الوصية في بدلها ، بخلاف ما إذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعاق الوصية بثمنه ، لأن الوصية تبطل بالإقدام على البيع على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة . ولهما أنه أوصى بما يستقر ماله فيه بالقسمة ، لأن الظاهر أنه يقصد الإيصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة ، لأن الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ماله في جميع البيت إذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ، ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع ، وإنما المقصود الإفراز تكميلاً للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه ، وعلى اعتبار الإفراز يصير كأن البيت ماله من الابتداء ،

فضلاً عن أن يترتب عليه حكم شرعي بل قوله لواحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقلك قد هلك يقتضي الاعتراف بكون الثوبين الباقيين لصاحبيه . والأولى في التعبير ما ذكره شرح الجامع الصغير سيما الصدر الشهيد والإمام قاضيخان وهو أن المراد بحدود الورثة أن يقولوا : حق واحد منكم بطل ولا ندرى من بطل حقه ومن بقى حقه ، فلا نسلم إليكم شيئاً . والذي يمكن في توجيه كلام المصنف أن يكون مراده معنى جحدوهم أن يقول الوارث لكل واحد بعينه : الثوب الذي قد هلك يحتمل أن يقول حقلك فكأنه تسامح في العبارة بناء على ظهور المراد ، ووافقه صاحب الكافي في هاتيك العبارة مع ظهور ركائنها (قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع ، وإنما المقصود الإفراز تكميلاً للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة) قال صاحب العناية : فيه بحث . وهو أنه قال في كتاب القسمة : والإفراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات ، ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض ، وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة ؟ وأجيب بأنه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء وما نحن فيه كذلك ، فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكرناه لأن الجبر لا يجري في المبادلة ، ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض إذا لم تكن من جنس واحد ، وإلى هذا أشار بقوله : وإنما المقصود الإفراز تكميلاً للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه اهـ . وقد سبقه إلى أصل هذا السؤال والجواب صاحب النهاية . أقول : قد خبط الشارحان المزبوران في الجواب المذكور جداً حيث قصدا التوفيق بين كلامي المصنف في المقامين ، ولكن خالفاً صريحاً ما ذكره المصنف في كتاب القسمة وما أطبقا عليه مع سائر الشراح في بيان مراده هناك ، فإن المصنف قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض : إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد . وقال : معنى المبادلة

وأما قوله (هذا) ففيه بحث وهو أنه قال في كتاب القسمة : والإفراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض ، وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة ؟ وأجيب بأنه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكرناه لأن الجبر لا يجري في المبادلة ، ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض إذا لم تكن من جنس واحد ، وإلى هذا أشار بقوله (وإنما المقصود الإفراز تكميلاً للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه) والباقي ظاهر .

وإن وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه ، إما لأنه عوضه كما ذكرناه ، أولاً من مراد الموصى من ذكر البيت التقدير به تحصيلاً لمقصوده ما أمكن . إلا أنه يتعين البيت إذا وقع في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتملك ، وإن وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير ، أو لأنه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر ، كما إذا علق عتق الولد وطلاق المرأة بأول ولد تلده أمته ، فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق ولد حتى ثم إذا وقع البيت في نصيب غير الموصى والدار مائة ذراع والبيت عشرة أذرع يقسم نصيبه بن الموصى له وبين الورثة على عشرة أسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له ، وهذا عند محمد فيضرب الموصى له بخمسة أذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة وأربعون

مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين ، وقال ذلك الشارحان وسائر الشراح في شرح ذلك المقام لما ورد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض أن يقال : لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لما أجبر القاضي على القسمة في ذلك . أجاب بقوله إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد . ولا منافاة بين الجبر والمبادلة ، فإن المبادلة مما يجري فيه الجبر لدفع الضرر عن الغير ، كما في قضاء الدين فإن المديون يجبر على قضاء الدين والديون تقضى بأمثاله فصار ما يودى بدلا عما في ذمته اهـ . ولا يذهب على دى مسكة أن أن مضمون الجواب المذكور هنا مما ينافي ذلك . والصواب في حل مراد المصنف بقوله هنا ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع على وجه يندفع عنه السؤال الذي تحمل الشارحان المزبوران لدفعه ما تمحلاه أن يقال : يعني أن معنى المبادلة وإن كان ظاهرا في غير المكمل والموزون إلا أنه يجعل ذلك المعنى في هذه القسمة تابعا ويجعل معنى الإفراز فيها مقصودا تصحيحا لتصرف الموصى وقصده الذي هو تكميل المنفعة ، فإن مبنى الوصية على المساهلة وسرعة الثبوت ، وقد أفصح عن هذا المعنى الإمام قاضيان حيث قال : ولهما أن القسمة فيما لا يكال ولا يوزن وإن كانت مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بالقسمة ، ولو اشترى دارا واقنسا لم يكن لأحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على ما اشترى فهي إفراز في حق بعض الأحكام ؛ ألا يرى أنه يجبر عليها . ولو بنى أحدهما في نصيبه بعد القسمة بناء ثم استحق الأرض لا يرجع على شريكه بقيمة البناء ولا يثبت للشفيع الشفعة في القسمة ، والمشتري لو قاسم البائع لم يكن للشفيع نقضه ، ولو كانت القسمة مبادلة من كل وجه لكانت الأحكام على عكسها فثبت أنها إفراز من وجه مبادلة من وجه فتجعل إفرازا في حكم الوصية تصحيحا للوصية لأن مبنائها على المساهلة وسرعة الثبوت ولهذا صححت الوصية بالعدوم على خطر الوجود كالثمره والغلة ، وإذا جعلت القسمة إفرازا ظهر أنه أوصى بما يملكه اهـ تدبر (قوله وإن وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه ، إما لأنه عوضه كما ذكرناه) يعني في الجارية الموصى بها كذا في العناية وغيرها . أقول : لقائل أن يقول : ليس قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه عوضه : أى عوض جميع ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر ، بل قدر ذرعان نصفه مما وقع في نصيبه عوض نصفه ، ولا معاوضة في نصفه الآخر لأن الدار بجميع أجزائها كانت مشتركة بين الموصى وصاحبه فيكون ذلك البيت ، وما وقع في نصيب الموصى مشتركين بينهما قبل القسمة فالمعاوضة بعد القسمة إنما تتصور بين نصف ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر وبين قدر ذرعان نصفه ذلك مما وقع في نصيب الموصى ، وأما نصفه الآخر وقدر ذرعان نصف ذلك مما وقع في نصيب الموصى فباقيان على حالتهما الأصلية في ملك الموصى وصاحبه ، فلم يكن قوله إما لأنه عوضه صالحا لأن يكون دليلا مستقلا في إفادة المطلوب ها هنا وهو أن يكون قدر ذرعان جميع البيت الموصى به ملكا للموصى له عندهما فبا إذا وقع ذلك البيت في نصيب الآخر بدون ملاحظة أحد الدليلين الآتين وتحرير

وله (إما لأنه عوضه كما ذكرناه) يعني في الجارية الموصى بها . وقوله (أو لأنه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين) يعني في وقوعه في نصيب الشريك (والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر) يعني في وقوعه في نصيبه .

فيجعل كل خمسة سهما فيصير عشرة . وعندهما يقسم على أحد عشر سهما لأن الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين فتصير السهام أحد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ، ولو كان مكان الوصية إقرار قيل هو على الخلاف ، وقيل لاخلاف فيه لمحمد . والفرق له أن الإقرار بملك الغير صحيح . حتى أن من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له ، والوصية بملك الغير لا تصح ، حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ . قال (ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينه فأجاز صاحب المال بعد موت الموصى فإن دفعه فهو جائز وله أن يمنع) لأن هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على إجازته . وإذا أجاز يكون تبرعا منه أيضا فله أن يمنع من التسليم ، بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على الثالث وأجازت الورثة لأن الوصية في مخرجها صحيحة لمصادقتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة . فإذا أجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصى . قال (وإذا اقتسم الابنان تركته الأب ألفا ثم أقر أحدهما لرجل أن الأب أوصى له بثالث ماله فإن المقر يعطيه ثلث ما في يده) وهذا استحسان ، والقياس أن يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر رحمه الله . لأن إقراره بالثلث له تضمن إقراره بمساواته إياه ، والتسوية في إعطاء النصف ليقى له النصف . وجه الاستحسان أنه أقر له بثالث شائع في التركة وهي في أيديهما فيكون مقرا بثالث ما في يده ، بخلاف ما إذا أقر أحدهما بدين

المصنف يقتضي استقلاله فيها كما ترى فتأمل (قوله والفرق له أن الإقرار بملك الغير صحيح حتى أن من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له الخ) أقول : فيه كلام ، وهو أن هذا الفرق إنما يتمشى في صورة إن وقع البيت بعد القسمة في نصيب الموصى ، وأما في صورة إن وقع بعدها في نصيب الآخر فلا ، لأن الموصى حينئذ كان مقرا بملك الغير لغيره فلم يصير مالكا له بعد ذلك حتى يؤمر بتسليمه إلى المقر له ، ومثثلتنا نعم الصورتين فلا يتم التقريب (قوله وجه الاستحسان أنه أقر بثالث شائع في التركة وهي في أيديهما فيكون مقرا بثالث ما في يده) قال صاحب التسهيل : أقول مضى في فصل إقرار المريض

وقوله (فتصير السهام أحد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة) فإن قيل : ينبغي أن يقسم نصيب الموصى بين الورثة والموصى له على خمسة أسهم سهم للموصى له وأربعة للورثة ، لأنه لما صحت الوصية عندهما في عشرة أذرع بقى حق الورثة في أربعين . قلنا : زعم الورثة أن حقهم في خمسة وأربعين وحق الموصى له في خمسة تمسكا بمذهب محمد وزعم الموصى له أن حقه في عشرة وحق الورثة في أربعين فيعتبر زعم كل فريق ، فجعلنا كل خمسة سهما فصار الكل أحد عشر . وقوله (وقيل لاخلاف فيه لمحمد) بل قوله في الإقرار كقولهما في الوصية والباقي ظاهر . قال (ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف) ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينه فإما أن يميز الوصية أولا ، فإن كان الثاني بطلت ، وإن كان الأول جازت ، فإن

(قال المصنف : وعندهما يقسم على أحد عشر سهما ، لأن الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين فتصير السهام أحد عشر) أقول : قال الإتياني : ولنا فيه نظر ، لأنه على هذا التقدير كان ينبغي أن يكون نصيب شريك الموصى خمسة وأربعين ذراعا فينقص إذن منه خمسة أذرع لأن نصيبه من جميع الدار خمسون ذراعا كاملا وقد نقص الخمسة فلا يجوز لأنه حينئذ يلزم تملك الموصى ملك شريكه وليس له ذلك ، وأيضا إذا كان للموصى له سهمان من أحد عشر ينقص نصيبه لاحتالة لأن سهمين من أحد عشر أقل من خمسة ، وأيضا زاد حق الورثة أيضا بسهم لأن لهم ما وراء قدر البيت من نصيب الموصى ونصيبه خمسون ذراعا وربع الموصى له عشرة من نصيبه فبقى أربعون وهم أخذوا خمسة أخرى . وقال بعض المشايخ : يقسم نصيب الموصى بين الموصى له والورثة على خمسة أسهم أخرى عندها ، فالعشرة أذرع للموصى له وأربعون ذراعا للورثة فيجعل كل عشرة سهما ، وهذه القسمة أصح عندي انتهى . هذا النظر يزد على تقدير الكافي ورودا ظاهرا . (قوله وحق الموصى له في خمسة تمسكا بمذهب محمد ، وزعم الموصى له أن حقه في عشرة) أقول : فيه بحث ، فلم لم يعتبر زعمه تمسكا بمذهب محمد إذا وقع البيت في نصيبه (قال المصنف : والامتناع لحق الورثة) أقول : وقد مر في أوائل كتاب الوصايا أن كل ما جاز

لغيره لأن الدين مقدم على الميراث فيكون مقرراً بتقديمه فيقدم عليه ، أما الموصى له بالثالث شريك الوارث فلا يسلم له شيء إلا أن يسلم للورثة مثلاً ، ولأنه لو أخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر به أيضاً فيأخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزداد على الثالث . قال (ومن أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصى ولدا وكلاهما يخرجان من الثالث فهما للموصى له) لأن الأم دخلت في الوصية أصالة والولد تبعاً حين كان متصلاً بالأم ، فإذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضى بها ديونه دخل في الوصية فيكونان للموصى له (وإن لم يخرجاً من الثالث ضرب بالثالث وأخذ ما يخصه منهما جميعاً في قول أبي يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : يأخذ ذلك من الأم ، فإن فضل شيء أخذته من الولد) . وفي الجامع الصغير عين صورة وقال : رجل له ستمائة درهم وأمة تساوي ثلاثمائة درهم فأوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوي ثلاثمائة درهم قبل القسمة فلموصى له الأم وثالث الولد عنده . وعندهما له ثلثا كل واحد منهما ، لهما ما ذكرنا أن الولد دخل في الوصية تبعاً حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع والعق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الأم . وله أن الأم أصل والولد تبع والتبع لا يزاحم الأصل ، فلو نفذنا الوصية

أن ابنه لو أقر بأخ فجحد أخوه الآخر دفع إليه المقر نصف نصيبه كما قال زفر رحمه الله تعالى هنا لأنه أقر بالمساواة . وعند مالك يدفع إليه ثلث نصيبه كما قلنا هنا نحن . والحاصل أننا علمنا هنا بأصل مالك ثمة وعمل زفر هنا بأصلنا ثمة ، فلا بد للأئمة الحنفية من الفرق بين الإقرار والوصية أو الاتحاد ، ويحتمل أن يكون في المسئلة روايتان ، إلى هنا لفظ التسهيل . وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه فقال بعد نقل ذلك . قلت : الفرق بينهما يبين فإن المساواة من اللوازم البيئية للإخوة دون الوصية بالثالث فإنها ليست من لوازمها فضلاً عن كونها بيئية ، فالإقرار بالأخ يتضمن الإقرار بالمساواة ، بخلاف الإقرار بالوصية فإنه لا يتضمن الإقرار بها . أقول : ليس هذا بشيء ، فإن الذي من لوازم الإخوة إنما هو المساواة في حصة التركة لا المساواة فيما في يد أحد الأخوين فقط كنصف التركة مثلاً ، وإلا يلزم أن يكون حصة أحد الإخوة النصف وحصة مجموع الأخوين النصف ، وهذا ظاهر البطلان ، والمساواة في حصة التركة إنما تقتضي كون حصة الأخ المقر له ثلث ما في يد المقر لانصفه كما فيها نحن فيه من الإقرار بوصية ثلث المال فورد ما قاله صاحب التسهيل من مطالبة الفرق بين المسئلتين . ثم إن قول ذلك البعض دون الوصية بالثالث فإنها ليست من لوازمها فضلاً عن كونها بيئية ليس بتمام أيضاً ، لأن المساواة إنما لا تكون من لوازم مطلق الوصية مع مطلق الورثة ، وأما فيما نحن فيه فالمساواة لازمة قطعاً لانحصار الوارث في الابنين ، وكون إقرار أحدهما بوصية المورث لرجل بثلث ماله فلا بد من الفرق بين المسئلتين بوجه آخر كما لا يخفى .

دفعها إلى الموصى له تمت ، وإن لم يدفع فله أن يمنع وإن أجازها ، لأن هذا تبرع بمال الغير إلى آخر ما ذكر في الكتاب وهو واضح إلى قوله (فيكون مقرراً بتقديمه فيقدم عليه) فإن كان الدين مستغراقاً لجميع نصيبه دفعه إليه كله والباقي ظاهر . وقوله (فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع) يعني تسرى الوصية إلى الولد الحادث قبل القسمة كما يسرى البيع إلى الولد الحادث قبل القبض وإذا سرت الوصية إلى الولد صار كأن الولد كان موجوداً فأوصى بهما وقيمتها مثل نصف المال تنفذ الوصية في ثلثي كل واحد منهما كذلك هاهنا (وله أن الأم أصل) يعني في الوصية (والولد تبع فيه) أي في الوصية على تأويل الإيصاء ، وإنما

بإجازة الورثة يتملكه المحاز له من قبل الموصى عندنا خلافاً للشافعي (قال المصنف : أما الموصى له بالثلث شريك الوارث) أقول : وكذا الأخ الذي أقر أحد الابنين بأخوته وأتكر الآخر شريكاً للوارث مع أنه يعطى له نصف ما في يد المقر كما سبق في آخر كتاب الإقرار فلا بد من الفرق (قال المصنف : وإن لم يخرجاً من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منهما جميعاً) أقول : الظاهر أنه بالخاء المهملة : أي ما يصير حصته منهما ، يقال حصتي منه كذا : أي صار حصتي منه .

ففيهما جميعا تنتقض الوصية في بعض الأصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لأن تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي إلى نقضه في الأصل بل يبقى تاما صحيحا فيه ، إلا أنه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابله بالولد إذا اتصل به القبض ، ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينقصد البيع بدون ذكره وإن كان فاسدا (هذا إذا ولدت قبل القسمة ، فإن ولدت بعد القسمة فهو للموصى له) لأنه نماء خالص ماكه لتقرر ماكه فيه بعد القسمة .

(فصل في اعتبار حالة الوصية)

قال (وإذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشيء أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الإقرار وبطلت الوصية والهبة) لأن الإقرار ملزم بنفسه وهي أجنبية عند صدوره ، ولهذا يعتبر من جميع المال ، ولا يبطل بالدين إذا كان في حالة الصحة أو في حالة المرض ، إلا أن الثاني يؤخر عنه ،

(فصل في اعتبار حالة الوصية)

لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلاث المال ذكر في هذا الفصل أحكاما تتعلق بالأحوال المتغيرة من وصف إلى وصف لما أن هذه الأحوال بمنزلة العوارض والأحكام المتعلقة بثلاث المال بمنزلة الأصول. والأصل مقدم على العارض ، كذا في الشروح (قوله وإذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشيء أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الإقرار وبطلت الوصية والهبة) قال صاحب النهاية : وهذا بناء على أن المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثا وغير وارث

كانت الأم أصلا لأن الإيجاب تناولها قصدا ثم سرى حكم الإيجاب إلى الولد ، ولا مساواة بين الأصل والتبع فتنفذ الوصية بالأم ثم يكون له من الولد قدر ما بقي من الثلث ، وتنفيذ الوصية في جميع الأم كان مستحقا قبل الولادة فلا يعتبر بزيادة المال لأنه يؤدي إلى نقصها في بعض الأصل ، وذلك لا يجوز لأن إبطال الأصل بالتبع . وقوله (إلا أنه لا يقابله بعض العوض) جواب عما يقال لانسلم أن تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي إلى نقصه في الأصل فإن بعض الثمن لا يقابله شيء في ذلك وفيه نقض له بحصته . ووجهه أنه إنما لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابله بالولد إذا اتصل به القبض ، فإن العوض الواحد لا يقابل بعوضين لكن لا يوجب ذلك النقص في المبيع لأن الثمن تابع إلى آخر ما ذكره . وقوله (وإذا اتصل به القبض) إنما قيد بذلك لأن مقابلة بعض الثمن بالولد إنما يكون أن لو كان مقبوضا بالأصل ، حتى لو هلك قبل القبض بآفة مساوية لا يقابله شيء من الثمن بل يأخذ الأم بجميع الثمن ، والله أعلم.

(فصل في اعتبار حالة الوصية)

قال في النهاية : لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلاث المال ذكر في هذا الفصل أحكاما تتعلق بالأحوال المتغيرة من وصف إلى وصف لما أن هذه الأحوال بمنزلة العوارض والأحكام المتعلقة بثلاث المال بمنزلة الأصول والأصل مقدم على العارض . قوله (وإذا أقر المريض لامرأة) واضح مبناه أن المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثا وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية ، والمعتبر في فساد الإقرار وجوازه كون المقر له وارثا للحال ، لأن الإقرار تملك للحال ، فقي كان المقر له وارثا يوم الإقرار لا يصح إقراره إذا كان المقر مريضا . وقوله (لأن الإقرار ملزم) فيه تلويح إلى رد قول زفر ، وهو أن الإقرار أيضا باطل لأن إقرار المريض بمنزلة التملك ولهذا يصح للوارث . ووجه ذلك أن الإقرار يثبت الحكم بنفسه من غير توقف على أمر زائد كالموت في باب الوصية . وقوله (إلا أن الثاني يؤخر عنه) أي تنفيذ حكم الإقرار

(فصل في اعتبار حالة الوصية)

بخلاف الوصية لأنها إيجاب عند الموت وهي وارثة عند ذلك ، ولا وصية للوارث ، والهبة وإن كانت منجزة صورة فهي كالمضاف إلى ما بعد الموت حكما لأن حكمها يتقرر عند الموت ؛ ألا ترى أنها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثالث . قال (وإذا أقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني أو وهب له أو وصى له فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله) أما الهبة والوصية فلما قلنا إنه وارث عند الموت وهما إيجابان عنده أو بعده ، والإقرار وإن كان ملزما بنفسه ولكن سبب الإرث وهو البنوة قائم وقت الإقرار فيعتبر في إيراث همة الإيثار ، بخلاف ما تقدم لأن سبب الإرث الزوجية وهي طارئة حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الإقرار وهي نصرانية ثم أسلمت قبل موته لا يصح الإقرار لقيام السبب حال صدوره ، وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتباً فأعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الإقرار إن لم يكن عليه دين يصح لأنه أقر لمولاه وهو أجنبي ، وإن كان عليه دين لا يصح لأنه إقرار له وهو ابنه ، والوصية باطلة لما ذكرنا أن المعتبر فيها وقت الموت . وأما الهبة فيروى أنها تصح لأنها تمليك في الحال وهو رقيق ، وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح . قال (والمقعد والمفلوج

يوم الموت لا يوم الوصية ، والمعتبر في فساد الإقرار وجوازه كون المقر له وارثا للحال لأن الإقرار تمليك للحال ، فقي كان المقر له وارثا يوم الإقرار لا يصح إقراره إذا كان المقر مريضا هـ . وافتنى أثره في هذا التقرير صاحب العناية . أقول : في عبارتهما خلل حيث قالوا : لأن الإقرار تمليك للحال ؛ مع أنهم قد صرحوا في كتاب الإقرار بأن الإقرار ليس بتمليك بل هو إظهار للمقر به ، وقالوا : ولهذا لو أقر لغيره بالمال والمقر له يعلم أنه كاذب في إقراره لا يلح له أخذه ، وفرعوا على ذلك مسائل كثيرة : منها أن المريض إذا أقر بجميع ماله لأجنبي صح إقراره ولا يتوقف على إجازة الورثة ، ولو كان تمليكاً مبتدأ لم ينقل إلا بقدر الثلث عند عدم إجازتهم ، فحق العبارة أن يقال : لأن الإقرار تصرف في الحال كما قاله المصنف رحمه الله في أوائل كتاب الوصايا فنذكر (قوله وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فأعتق لما ذكرنا) قال صاحب النهاية والعناية في شرح هذا المقام : أى لا تصح الوصية والهبة لأن الوصية مضافة إلى وقت الموت ، أما إذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكرهنا وذكر في كتاب الإقرار أنه إن لم يكن عليه : أى على العبد دين يصح هـ . أقول : لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن ما ذهبنا إليه في شرح هذا المقام مما يباه سداد المعنى وانتظام الكلام ، فلنهما خلا قول المصنف وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً على عدم صحة الوصية والهبة فقط ، مع أن الظاهر من قوله المذكور عموم عدم الصحة للصور الثلاث المذكورة فيما قبل جميعا وهي الإقرار والهبة والوصية ، لأنه كان عاما لها في المسئلة السابقة ، فانتظام إطلاق التشبيه في قوله وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً يقتضى العموم لها في هذه المسئلة أيضا سيما مع انضمام قوله لما ذكرنا إليها ، فإن ما ذكره من قبل من الدليل يدل على عدم الصحة في الصور الثلاث جميعا بلا ريب . ثم إن قولهما أما إذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكرهنا ، إن أراد بذلك أن صورة الإقرار لم تذكرهنا بعينها صراحة فهو مسلم لكن صورتا الوصية والهبة أيضا لم تذكراهنا بعينها صراحة بل اندرجتا في إشارة

في حالة المرض يؤخر عن تنفيذ حكم الإقرار الذي في حالة الصحة (بخلاف الوصية لأنه) يعنى الوصية بتأويل الإيصاء . وقوله (وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فأعتق) يعنى لا تصح الوصية والهبة لأن الوصية مضافة إلى وقت الموت ، أما إذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكرهنا (وذكر في كتاب الإقرار أنه إن لم يكن عليه) أى على العبد (دين يصح) إلى آخر ما ذكر في الكتاب . وقوله (والمقعد والمفلوج) المقعد من لا يقدر على القيام والمفلوج من ذهب نصفه وبطل عن الحس والحركة

(قوله أما إذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكرهنا) أقول : فيه بحث ، فإن لفظ الجامع الصغير هاهنا هكذا على ما نقله الإيتقاني . وقال في المريض أقر لابنه وهو نصراني بدين أو وهب له هبة فقبضها أو وصى له وصية ثم أسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل ، وكذلك إن كان الابن عبداً فأعتق في هذا هـ .

والأشلى والمسلول إذا تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع المال) لأنه إذا تقدم العهد صار طبعا من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوى ، ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث (وإن وهب عند ما أصابه ذلك ومات من أيامه فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش) لأنه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت ، والله أعلم .

(باب العتق في مرض الموت)

قال : ومن أعتق في مرضه عبدا أو باع وحياى أو وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ، ويضرب به مع أصحاب الوصايا .

قوله وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا فأعتق فما معنى جعل هذه المسئلة شاملة لصورتي الوصية والهبة دون صورة الإقرار ، وإن أراد بذلك أن صورة الإقرار لم تذكر هنا أصلا لاصراحة بعينها ولا أندراجا في إطلاق إشارة شيء فهو ممنوع ، فإن مسئلتنا هذه مع ما قبلها من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير هنا على ما نقل في غاية البيان هكذا : وقال في المريض أقر لابنه وهو نصراني بدين أو وهب له هبة فقبضها أو أوصى له وصية ثم أسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل ، وكذلك لو كان الابن عبدا فأعتق في هذا اه . ولا يذهب عليك أن صورة الإقرار وصورتي الوصية والهبة سيان في الاندراج تحت إطلاق إشارة قوله كذلك لو كان الابن عبدا فأعتق في هذا . فالحق أن مراد المصنف بقوله وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا فأعتق لما ذكرنا هو أنه يبطل الإقرار والهبة والوصية كلها في هذه المسئلة أيضا لدليل ما ذكرناه في المسئلة السابقة ، وأن مراده بقوله وذكر في كتاب الإقرار إلى قوله قال والمقعد بيان أن في صورة الإقرار رواية للصحة أيضا ، وكذا في صورة الهبة ، وأما في صورة الوصية فلا رواية للصحة أصلا تبصر ترشد .

(باب العتق في مرض الموت)

قال جمهور الشراح : الإعتاق في المرض من أنواع الوصية ، لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفردته بباب على حدة . وأخبره عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل اه . أقول : فيه فتور ، لأن الإعتاق في المرض ليس من أنواع الوصية بل هو أمر مغاير للوصية حقيقة ، فإن الوصية إيجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف كما سيصرح به المصنف رحمه الله فكيف

(والأشلى) من شلت يده (والمسلول) هو الذى به مرض السل ، وهو عبارة عن اجتماع المرة في الصدر ونفثها . وقوله (صار طبعا من طباعه) يعنى خرج من أن يكون مريضا بمرض الموت فيعتبر تصرفه من جميع المال (فلو صار بعد ذلك صاحب فراش فهو كمرض حادث) فيعتبر فيه تصرفه من الثلث كما لو تصرف عند ما أصابه ذلك وصار صاحب فراش ومات من أيامه (لأنه يخاف منه الموت . ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت ، والله أعلم) .

(باب الإعتاق في مرض الموت)

الإعتاق في المرض من أنواع الوصية ، لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفردته بباب على حدة ، وأخبره عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل . قال (ومن أعتق عبدا في مرضه) كلامه واضح .

(باب العتق في مرض الموت)

(قال المصنف : ويضرب به مع أصحاب الوصايا) أقول : الأظهر أن يقال : يضرب بكل من هؤلاء يحكم كل من العتق والمحاباة والهبة

وفى بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز ، والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع أصحاب الوصايا لاحقيقة الوصية لأنها إيجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف ، واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة ، وكذلك ما ابتدأ المريض لإيجابه على نفسه كالضمان والكفالة فى حكم الوصية لأنه يهتم فيه كما فى الهبة ، وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث ، وإن أوجبه فى حال صحته اعتبارا بحالة الإضافة دون حالة العقد ، وما نفذ من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد ، فإن كان صحيحا فهو من جميع المال وإن كان مريضا فمن الثلث ، وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لأن بالبرء تبين أنه لاحق فى ماله . قال (وإن حابى ثم أعتق وضاق الثلث عنهما فالخباة أولى عند أبى حنيفة ، وإن أعتق ثم حابى فهما سواء ، وقالا : العتق أولى فى المستلتن) والأصل فيه أن الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من أصحابها يضرب بجميع وصيته فى الثلث لا يقدم البعض على البعض إلا العتق الموقع فى المرض ، والعتق المعلق بموت الموصى كالتدبير الصحيح والخباة فى البيع إذا وقعت فى المرض لأن الوصايا قد تساوت ، والتساوى فى سبب الاستحقاق يوجب التساوى فى نفس الاستحقاق ، وإنما قدم العتق الذى ذكرناه

يكون هذا من أنواع الوصية ؟ نعم إنه فى حكم الوصية إذا وجد فى مرض الموت حيث يعتبر من الثلث لامن جميع المال كما سأتى أيضا فى الكتاب ، فالوجه أن يقال : لما كان الإعتاق فى المرض أمرا بغير حقيقة الوصية ولكن كان فى حكمها أفردته بباب على حدة وأخره عن حقيقة الوصية لكونها هى الأصل (قوله وفى بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز) أقول : فى عبارة المصنف هنا تسامح ، فإن قوله جائز فى النسخة الأولى محمول فى الكلام ، وقوله فهو وصية فى هذه النسخة موضوع وعمول فكيف يكون الثانى مكان الأول ، فالظاهر أن يقال مكان قوله فذلك كله جائز (قوله وإنما قدم العتق الذى ذكرناه

وقوله (والمراد الاعتبار من الثلث) أى المراد بقوله فهو وصية الاعتبار من الثلث لاحقيقة الوصية ، لأن الوصية عبارة عما أوجبه الموصى فى ماله بعد موته متطوعا ، وقوله (كالضمان والكفالة) غير بينهما بالعطف لأن الضمان أعم من الكفالة ، فإن من الضمان ما لا يكون كفالة بأن قال لأجنبي خالع امرأتك على ألف على أبى ضمان ، وكذا لو قال بيع هذا العبد بألف على أبى ضمان لك بمخمسة من الثمن سوى الألف ، فإن بدل الخلع يكون على الأجنبي لأعلى المرأة ، والمخمسة على الضامن دون المشتري . وقوله (وما نفذ من التصرف) أى تجزئه فى الحال ولم يضافه إلى ما بعد الموت (فالمعتبر فيه حالة العقد ، فإن كان صحيحا فهو من جميع المال ، وإن كان مريضا فهو من الثلث ، وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لأنه بالبرء تبين أنه لاحق لأحد فى ماله) وقوله (فإن حابى ثم أعتق) صورته رجل باع فى مرضه عبدا يساوى ألفين من رجل بألف وأعتق عبدا يساوى ألفا ولا مال له سواهما (فالخباة أولى) وإن ابتدأ بالعتق تخاصا فيه (عند أبى حنيفة) فى الأول يسلم العبد للمشتري بألف ، ولم يبق من الثلث شيء إلا أن العتق لا يمكن رده فيسعى العبد فى قيمته للورثة ، وفى الثانية يتحصان فى مقدار الثلث (وقالا : العتق أولى) سواء قدم الخباة أو أخرها فيعتق العبد عما أن قيمته بقدر الثلث ، ويخير المشتري إن شاء نقض البيع ورد العبد لما لزمه من الزيادة فى الثمن من غير رضاه ، وإن شاء أمضى العقد وأدى كمال قيمة العبد إلى درهم والأصل المذكور فى الكتاب ظاهر . وقوله (إلا العتق الموقع) أى المنجز لا المقوض إلى إعتاق الورثة مثل أن يقول أعتقوه أو يوصى بعتقه بعد موته مستثنى من قوله لا يقدم ، وقوله (كالتدبير الصحيح) احتراز عن الفاسد منه مثل أن يقول أنت حر بعد موتى بيوم كما سيجى . وقوله (والخباة فى البيع) بالرفع معطوف على قوله إلا العتق الموقع .

آ نفا لأنه أقوى فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى ، وغيره يلحقه . وكذلك المحابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصى ، وإذا تقدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوى فيه من سواهما من أهل الوصايا ، ولا يقدم البعض على البعض . لهما في الخلافية أن العتق أقوى لأنه لا يلحقه الفسخ والمحابة يلحقها ، ولا معتبر بالتقديم الذكر لأنه لا يوجب التقدم في الثبوت . وله أن المحابة أقوى .

آ نفا لأنه أقوى ، فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى وغيره يلحقه الفسخ ، وكذلك المحابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصى (أقول : في هذا التحرير فصور بل خلل . أما أولاً فلأن قيد من جهة الموصى في قوله فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى حشو مفسد لأنه يدل بطريق مفهوم المخالفة المعتبر عندنا أيضاً في الروايات ، كما صرحوا به على أن يلحقه الفسخ من جهة غير الموصى كما في المحابة مع أن الفسخ لا يلحق العتق من جهة أحد أصلاً وإن لحق المحابة من جهة غير الموصى وهو المشتري . وأما ثانياً فلأن قوله وغيره يلحقه الفسخ يوهم بإطلاقه أن يلحق الفسخ المحابة أيضاً من جهة الموصى مع أنه قال وكذا المحابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصى . فالحق في تحرير هذا المقام أن يقال : فإنه لا يلحقه الفسخ أصلاً والمحابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصى وأما غيرهما فيلحقه الفسخ من جهة الموصى وغير الموصى أيضاً . ثم إن كثير من الشراح مهم صاحب العناية قالوا في تفسير قول المصنف هنا وغيره يلحقه الفسخ : أى غير العتق الموقع يلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال اه . أقول : ليس ذلك بسديد ، فإن العتق المعلق غير العتق الموقع ولهذا عطفه المصنف عليه فيما قبل حيث قال : إن العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصى كالتمديد الصحيح مع أنه لا يخفى أن العتق المعلق أيضاً لا يلحقه الفسخ عندنا . فالحق أن يقال في تفسير قوله وغيره يلحقه الفسخ : أى غير العتق الذى ذكرناه آنفاً وهو العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصى فحينئذ يستقيم المعنى جداً كما لا يخفى ، واللفظ أيضاً يساعده لإزالة ، فإن العتق الذى ذكره يعم العتق الموقع والمعلق كما ترى (قوله وإذا قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوى فيه من سواهما من أهل الوصايا) قال صاحب النهاية في تفسير قوله يستوى فيه من سواهما : أى سوى العتق والمحابة ، واقتضى أثره صاحب العناية . أقول : فيه سحابة ظاهرة ، فإن كلمة من في قوله من سواهما تأتى هذا التفسير جداً كما لا يخفى ، وكذا قوله من أهل الوصايا بعد قوله من سواهما يناق ذلك كما ترى . فالوجه في تفسير ذلك أن يقال : أى سوى المعتق والذى حوى له أو سوى أهل العتق والمحابة . نعم يمكن تقدير المضاف في تفسير الشارحين المزبورين وهو لفظ الأهل أو لفظ الصاحب لكنه خلاف الظاهر في مقام التفسير ، إذ المقصود من التفسير الكشف والبيان لا الإخفاء والتعمية ، فبقيت السحابة في تفسيرهما المذكور لا محالة (قوله لهما في الخلافية) قال صاحب العناية في بيان الخلافية : وهى التى قدم فيها المحابة على العتق وتبعه العيني . أقول : هذا شرح فاسد ، لأن الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه في كلتا المسئلتين المذكورتين وهما التى قدم فيها المحابة على العتق والتى قدم فيها العتق على المحابة والدليل المذكور من قبلهما ، وكذا الدليل المذكور من قبله يتمشيان في تينك المسئلتين معا بلا كلفة كما لا يخفى على ذى مسكة ، فلا وجه لتفسير الخلافية هنا بما يخص المسئلة الأولى منهما ، والصواب في بيانها أن يقال : وهى التى اجتمع فيها العتق والمحابة سواء قدم العتق على المحابة أو قدمت المحابة على العتق (قوله ولا معتبر بالتقديم في الذكر لأنه لا يوجب التقدم في الثبوت) قال في العناية :

وقوله (وغيره يلحقه) أى غير العتق الموقع يلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال . وقوله (يستوى فيه من سواهما) أى سوى العتق والمحابة . وقوله (لهما في الخلافية) وهى التى قدم فيها المحابة على العتق وقوله (لا يوجب التقدم في الثبوت) ألا ترى أنه إذا أوصى بثلاث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم أثلاثاً وصل أو فصل ولا عبرة بالبداة فكذلك هاهنا

(قوله وغيره يلحقه : أى غير العتق الموقع) أقول : فيه أن الظاهر أن يقول : أى غير ما ذكرنا من العتق الموقع والعتق المعلق ، وتعميم الموقع بهما خلاف الظاهر . (قوله يستوى فيه من سواهما : أى سوى العتق والمحابة) أقول : فيه شيء ، فإن لفظة من تأتى هذا التعميم (قوله وهى التى قدم الخ) أقول : فيه شيء ، فإن الظاهر التعميم للمسئلتين .

لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته ، والإعتاق تبرع صيغة ومعنى ، فإذا وجدت الحاباة أولا دفع الأضعف ، وإذا وجد العتق أولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاخمة ، وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله : إذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين الحاباتين نصفين لتساويهما ، ثم ما أصاب الحاباة الأخيرة قسم بينها وبين العتق لأن العتق مقدم عليها فيستويان ، ولو أعتق ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الأول والحاباة نصفين ، وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثانى ، وعندهما العتق أولى بكل حال .

ألا يرى أنه إذا أوصى بثلث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم أثلاثا وصل أو فصل ولا عبرة للبداء فكذلك هاهنا ، وهكذا ذكر في النهاية ومعراج الدراية نقلًا عن الأسرار . أقول : لقائل أن يقول : حكم الإيصاء في صورة التنوير نازل وقت موت الموصى في حق كل واحد منهم ، لأن الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت فكان فيها معنى التعليق ، والحكم في التعليقات ينزل عند وجود الشرط وزمان تحقق الشرط الذى هو الموت في حق كل واحد منهم في صورة التنوير زمان واحد فلماذا كان الثلث الموصى به لم بينهم أثلاثا ، بخلاف ما نحن فيه فإن العتق الموقع في المرض منجز غير مضاف إلى ما بعد الموت ، وكذا الحاباة في البيع إذا وقعت في المرض والمنجز يوجب الحكم في الحال لا محالة فينبغى أن يثبت الحكم في المتقدم في الذكر قبل أن يثبت في المؤخر فيه فافترقت الصورتان فتأمل (قوله وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : إذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين الحاباتين نصفين لتساويهما ، ثم ما أصاب الحاباة الأخيرة قسم بينها وبين العتق لأن العتق مقدم عليها فيستويان) قال في العناية : فيه بحث ، وهو أن يقال : الحاباة الأولى مساوية للمحابة الثانية ، والمحابة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها ، والمحابة

وقوله (لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة) يعنى وبالمرض لا يلحقه الحجر عنها (فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته ، والإعتاق تبرع صيغة ومعنى) لأنه لم يثبت في ضمن المعاوضة وبالمرض يلحقه الحجر عنه . وقوله (قسم الثلث بين الحاباتين نصفين لتساويهما ، ثم ما أصاب الحاباة الأخيرة قسم بينها وبين العتق لأن العتق مقدم عليها فيستويان) فيه بحث ، وهو أن يقال : الحاباة الأولى مساوية للمحابة الثانية ، والمحابة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها ، والمحابة الأولى مساوية للعتق المتأخر عنها ، وهو يناقض الدليل المذكور من جانب أبي حنيفة ، وأيضا لو حابى ثم حابى ولم يخرج من الثلث تحاصا ، وما ذكرتم من أن التقديم يقتضى الترجيح يستدعى أن تنفذ الأولى ثم الثانية . والجواب عن الأول أن شرط الإنتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته ، وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه . وعن الثانى بأنه إنما تحاصا لأن ما يحتمل النقص من تبرعات المريض ينفذ ثم ينقص إذا لم يخرج من الثلث ، وإذا كان كذلك نفذناه جميعا ثم نقضناه بعد الموت ويثبت لهما بحكم الوصية وهما نافذتان فاستويا ، كذا في النهاية . وقوله (قسم الثلث بين العتق الأول والمحابة ، وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثانى) فلان قلت : لم لم يقسم بين

(قوله وقوله لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة : يعنى وبالمرض لا يلحقه الحجر عنها) أقول : ضمير عنها راجع إلى المعاوضة (قوله فكان تبرعا بمعناه) أقول تذكير للضمير الراجع إلى المحابة إما باعتبار الخبر أولكونه بمعنى أن مع الفعل ، أو على تأويل ما ذكر (قال المصنف : وهو لا يحتمل الدفع) أقول : لكون المحابة أقوى منه (قوله وهو يناقض الدليل المذكور) أقول : أى ثبت نقض ما أثبتته (قال المصنف : ثم أصاب الحاباة الأخيرة قسم بينها وبين العتق) أقول : قال في الكافي : فإن قيل : ينبغى أن يكون تمام الثلث للمحابة الأولى عنده ، لأن المحابة الثانية مساوية للعتق ، والمحابة الأولى مرجحة على العتق ، والمساوى المرجوح مرجوح ، وكذا في المسئلة التى قبلها ينبغى أن لا يشارك العتق الثانى الأول عنده ، لأن العتق الأول يساوى المحابة ، والمحابة راجحة على العتق الثانى ، والمساوى للراجع راجح . قلنا : لا يترجح العتق على العتق والمحابة على المحابة بالإجماع إذا لم يكن الغير متخلا ، وكذا إذا تخلل الغير اه . وذكر المسئلتين فيه على عكس ترتيب الهداية (قوله وما ذكرتم من أن التقديم يقتضى الترجيح) أقول : لم يذكر ذلك صريحا . نعم يجوز أن يفهم من قوله والعتق مقدم عليها فيستويان ، فإن التقدم إذا كان سببا لمساواة المرجوح للراجع يكون سببا أيضا لرجحان المساوى . والجواب أن سببية التقدم لمساواة المرجوح من حيث أنه لا يحتمل دفع المتأخر فتثبت المزاخمة ضرورة ، وأحد المتساوين إذا تقدم لا يحتمل دفع الآخر أيضا لأنه ليس أقوى منه فتثبت المزاخمة أيضا ، ولعل هذا الجواب أولى بما ذكر في الشرح (قوله والجواب عن الأول أن شرط الإنتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته ، وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه) أقول : فيه تأمل ،

قال (ومن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند أبي حنيفة رحمه الله ، وإن كانت وصيته بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبايع ، وإن لم يهلك منها وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة . وقالوا : يعتق عنه بما بقي) لأنه وصية بنوع قرابة فيجب تنفيذها ما أمكن اعتبارا بالوصية بالحج . وله أنه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى بأقل منه تنفيذ لغير الموصى له ، وذلك لا يجوز ، بخلاف الوصية بالحج لأنها قرابة محضة وهي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل فصار كما إذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي إليه ، وقيل هذه المسئلة بناء على أصل آخر مختلف فيه وهو أن العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق ، وعنده حق العبد حتى لا تقبل البيعة عليه من غير دعوى ، فاختلف المستحق وهذا أشبه . قال (ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة درهم وقد كان أعظمه في مرضه فأجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء لأن العتق في مرض الموت وإن كان في حكم الوصية وقد

الأولى مساوية للعتق المتأخر عنها وهو يناقض الدليل المذكور من جانب أبي حنيفة رحمه الله تعالى . وأيضا لو حابي ثم حابي ولم يخرج من الثلث تحاصا ، وما ذكرتم من أن التقديم يقتضي الترجيح يستدعي أن ينفذ الأولى ثم الثانية . والجواب عن الأول أن شرط الإنتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته ، وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه . وعن الثاني أنه إنما تحاصا لأن ما يحتمل النقض من تبرعات المريض ينفذ ثم ينقض إذا لم يخرج من الثلث ، وإذا كان كذلك نفذناه جميعا ثم نقضناه بعد الموت وثبت لهما بحكم الوصية وهما نافذتان فاستويا كذا في النهاية ، إلى هنا لفظ العناية . أقول : فيه نظر من وجوه : الأول أن السؤال الثاني غير متجه على كلام المصنف أصلا ، إذ لم يقل المصنف قط إن التقديم مطلقا يقتضي الترجيح ، بل إنما قال إن تقديم الأقوى يقتضي الترجيح كما في تقديم المحاباة على الإعتاق لكون المقدم إذ ذاك دافعا للأضعف المؤخر ، وأما تقديم غير الأقوى فلا يقتضي الترجيح لعدم احتماله دفع المؤخر الأقوى كما في تقديم العتق على المحاباة ، ولا دفع المؤخر المساوي كما في تقديم إحدى المحاباتين على الأخرى على ما هو المذكور في السؤال الثاني فلا اتجاه له أصلا على ما ذكره المصنف . والثاني أن الجواب المذكور عن السؤال الأول ليس بسديد ، لأن لزوم النتيجة القياس لذاته إنما هو شرط الإنتاج مطلقا لا شرط الإنتاج في الجملة ، فإنهم مصرحون في علم الميزان بأن قياس المساواة وإن لم يستلزم النتيجة لذاته إلا أنه يستلزمها بواسطة مقدمة غريبة إذا صدقت تلك المقدمة كما في قولنا مساو لب وبمساو لج فإنه ينتج ، ويستلزم مساو لج بواسطة مقدمة غريبة صادقة وهي أن

العتق والعتق ثم بين العتق الثاني والمحاباة ؟ قلت : لا يستقيم لأن المحاباة مقدمة على العتق الثاني فلا يكون مساويا لها ، والعتق الأول مقدم على المحاباة فيزاحمها في الثلث ، ثم ما أصاب العتق الأول شاركه فيه العتق الآخر للمجانسة والمساواة بينهما ، فإن قيل : كيف يستقيم هذا ولم يصل إلى صاحب المحاباة كمال حقه كان ينبغي أن يسترد صاحب المحاباة ما أخذ صاحب العتق الثاني ، لأن حق صاحب المحاباة مقدم على صاحب العتق الثاني كما لو كانا وليس معهما عتق آخر . وتقديم المحاباة . أجب بأنه لو استرد ذلك منه لاسترد منه صاحب العتق الأول ، لأن حق العتق الأول - حق المحاباة سواء في الثلث فيؤدي إلى الدور ، وإن نقض صاحب المحاباة البيع لما لزمه من زيادة الثمن كان الثلث بين المعتقين نصفين لاستواء حقهما . قال (وإن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد) كلامه واضح . وقوله (وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة) قال الإمام الكتاني : إلا أن يكون الموصى جعل الفضل للذي حج عنه فيكون له . وقوله (وهذا أشبه) يعني إلى الصواب لأنه ثبت بالدليل أنه حق العبد عنده فيحلف المستحق إذا هلك

فإنهم صرحوا بأنه متى صدقت المقدمة الأجنبية التي نسبتها تنتج قياس المساواة لزمه النتيجة وهي ها هنا قولنا مساوي المساوي مساو وهم صرحوا بصدقها ، ويجوز أن يقال ذلك في المساواة الحسية فليتأمل (قوله أجب بأنه لو استرد ذلك منه لاسترد منه الخ) أقول : يعني نصف ما أخذه (قوله فيؤدي إلى الدور) أقول : لأنه يسترد منه أيضا صاحب العتق الثاني للجانس (قوله وقوله وهذا أشبه : يعني إلى الصواب) أقول : الظاهر تبديل « إلى » بـ « إلى » (قوله لأنه ثبت بالدليل أنه حق العبد) أقول : فيه بحث .

وقعت بأكثر من الثلث إلا أنها تجوز بإجازة الورثة ، لأن الامتناع لحقهم وقد أسقطوه . قال (ومن أوصى بعقوبه ثم مات فجنى جناية ودفع بها بطلت الوصية) لأن الدفع قد صح لما أن حق ولي الجناية مقدم على حق الموصى ، فكذلك على حق الموصى له لأنه يتلقى الملك من جهته إلا أن ملكه فيه باق ، وإنما يزول بالدفع فإذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما إذا باعه الموصى أو وارثه بعد موته ، فإن فداء الورثة كان الفداء في ما لهم لأنهم هم الذين التزموه ، وجازت الوصية لأن العبد طهر عن الجناية بالفداء كأنه لم يجن فتنفذ الوصية . قال (ومن أوصى بثلاث ماله لآخر فأقر الموصى له والوارث أن الميت أعتق هذا العبد فقال الموصى له أعتقه في الصحة وقال الوارث أعتقه في المرض فالقول قول الوارث : ولا شيء للموصى له إلا أن يفضل من الثلث شيء أو تقوم له البينة أن العتق في الصحة) لأن الموصى له يدعى استحقاق ثلث ما بقى من التركة بعد العتق لأن العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال ، والوارث ينكر لأن مدعاه العتق في المرض وهو وصية ، والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلاث المال فكان منكرا ، والقول قول المنكر مع اليقين ، ولأن العتق حادث والحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليقين ، إلا أن يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد لأنه لا مزاحم له فيه أو تقوم له البينة أن العتق في الصحة لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في إقامتها لإثبات حقه . قال (ومن ترك عبدا فقال للوارث أعتقني أبوك في الصحة وقال رجل لي على أبيك ألف درهم فقال صدقنا فإن العبد يسعى في قيمته عند أبي حنيفة ، وقالوا : يعتق ولا يسعى في شيء لأن الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد فصارا كأنهما كانا معا ، والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وإن كان على المعتق دين .

كل مساوى المساوى مساو ، والسؤال الأول يمثل هذه الصورة فلا يدفعه عدم استلزامه النتيجة لذاته كما لا يخفى . والثالث أن الجواب المذكور عن السؤال الثاني مما لا حاصل له ، فإنه إن أريد أن بتنفيذ المحاباتين جميعا ثم بنقضهما بعد الموت يرتفع تقدم إحداها على الأخرى فذلك أمر لا يساعده العقل ، وإن أريد به أن التقدم والتأخير بينهما باقيا ولكن لا تأثير لهما في ترجيح المقدم على المؤخر في هاتيك الصورة فذلك لا يدفع ذلك السؤال المبني على كون ما ذكره المصنف أن التقديم يقتضى الترجيح مطلقا . فالجواب في رد السؤال الثاني مانها عليه آتفا من أن الذى ذكر في الكتاب أن تقديم الأقوى يقتضى الترجيح ، لا أن التقديم

منه شيء ، وبطلت الوصية وترد المائة إلى ورثته . وقوله (ومن أوصى بعقوبه) أى بإعتاق عبده . وقوله (لأنه يتلقى الملك من جهته) أى لأن الموصى له يتلقى الملك من جهة الموصى (إلا أن ملكه) أى ملك الموصى (باق) فيه لحاجته حتى لو كان العبد ذارحم محرم من الورثة لم يعتق عليهم لما بينا أن ملك الميت فيه باق بعد حاجته (وإنما يزول) ملكه (بالدفع فإذا خرج به) أى بالدفع عن ملكه بطلت الوصية ، كما إذا باعه الموصى أو وارثه بعد وفاته بسبب الدين (فإن فداء الورثة كان الفداء في أموالهم) أى كانوا متبرعين فيما فدوه به . وقوله (ومن أوصى بثلاث ماله لآخر) واضح . وقوله (وإن كان على المعتق دين) يعنى أن

(قال المصنف : ومن أوصى بعقوبه ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية ، لأن الدفع قد صح لما أن حق ولي الجناية مقدم على حق الموصى) أقول : قال في الكافي : والأصل أن الإيصاء بالإعتاق لا يبطل ملك الورثة ، فإن شاموا دفعوه ، وإن شاموا فدوه ، فإن دفعوه صح الدفع لأن حق أولياء الجناية مقدم على حق المالك ، فكذا يتقدم على من يتلقى الملك من المالك وهو الموصى له ، وبطلت الوصية لأن الدفع يبطل حق المالك لو كان حيا ، فكذا يبطل حق من يتلقى الملك من جهته ؛ ألا يرى أن الموصى لو باعه أو بيع بعد موته بسبب الدين تبطل الوصية فكذا هنا ، وإن اختاروا الفداء فعليهم الدية لالتزامهم وجازت الوصية انتهى . ولا يخفى عليك المخالفة بينه وبين ما في الهداية والتوفيق أن العبد وجب إعتاقه بالوصية ، ففيها يتعلق بالتنفيذ تبقى الرقبة على ملك الميت ، وفيما وراء ذلك عليهم نص عليه التمر تاشي .

وله أن الإقرار بالدين أقوى لأنه يعتبر من جميع المال ، والإقرار بالعق في المرض يعتبر من الثلث ، والأقوى يدفع الأدنى ، فقضيته أن يبطل العتق أصلا إلا أنه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بإيجاب السعاية ، ولأن الدين أسبق لأنه لا مانع له من الاستناد فيستند إلى حالة الصحة ، ولا يمكن إسناد العتق إلى تلك الحالة لأن الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فتجب السعاية ، وعلى هذا الخلاف إذا مات الرجل وترك ألف درهم فقال رجل لي على الميت ألف درهم دين وقال الآخر كان لي عنده ألف درهم وديعة فعنده الوديعة أقوى وعندهما سواء .

(فصل)

مطلقا يقتضى ذلك فلا اتجاه لذلك السؤال . وفي دفع السؤال الأول ما ذكره صاحب معراج الدراية نقلا عن الفوائد الحميدية حيث قال : فإن قيل : ينبغي أن يقسم الثلث بين الكل أثلاثا لأن المحاباة الثانية مساوية للأولى والعتق مساو للمحاباة الثانية فكان مساويا للأولى لأن المساوى للمساوى مساو . قلنا : العتق مساو للثانية بمعنى يخصه وهو تقدمه عليها فلا يساوى الأولى ، وبهذا خرج الجواب عن إشكال آخر . وهو أن يقال : المحاباة الأولى ترجحت على العتق والثانية مساوية للأولى فينبغي أن ترجح على العتق كالأولى لأن المساوى للراجح راجح ، لما مر أن رجحان الأولى بمعنى يخصها وهو تقدمها عليه ، وكذا لو قال : ينبغي أن لا يكون للمحاباة الثانية شيء لأنها مساوية للعتق والعتق مرجوح والمساوى للمرجوح مرجوح ، كذا في الفوائد الحميدية اه فتأمل .

(فصل)

ترجم هذا الفصل في مختصر الكرخي بباب الوصايا إذا ضاق عنها الثلث ، كذا في غاية البيان . وقدم المصنف باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لأنه لا يلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل ، كذا في عامة الشروح

من أعتق عبدا في صحته ثم مات وعليه دين لم يسع العبد في شيء ، وهذا لأن الإقرار بهذين الأمرين في حالة المرض إنما يمنع أحدهما الآخر أن لو كان أحدهما متأخرا عن الآخر فيمنع المتقدم المتأخر ، وها هنا لما حصل معا بتصديق واحد بقوله صادقهما جعل كأن الأمرين كانا وثبتا بالبيئة فيثبتان معا كذلك (وله أن الإقرار بالدين) أى ولأبي حنيفة وجهان : أحدهما أن الإقرار بالدين أقوى على ما ذكر . والثاني أن العتق لا يمكن إسناده إلى حالة الصحة فكذلك ثبت الدين من كل وجه ، وبثبت العتق من حيث الصورة لا من حيث المعنى لأن إعتاق المريض المديون يرد من حيث المعنى وجوب السعاية ، وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق الميت . ولو قال العبد لمولاه المريض أعتقتني في صحتك وقال رجل آخر لي عليك ألف درهم دين فقال المريض صادقهما عتق العبد ويسعى في قيمته للغيرم كذلك ها هنا . وقوله (وعلى هذا الخلاف الخ) لهما أن الوديعة لم تظهر إلا والدين ظاهر معها فيتحصان كما لو أقر بالدين ثم بالوديعة : إذ الإقرار من الوارث بالدين على الميت يتناول التركة لالذمة فقد وقعا معا ، بخلاف المورث . وله أن حقه يثبت في عين الألف مقارنة لثبوت الدين في الذمة وعند انتقالها منها إلى الألف كان الألف مستحقا بالوديعة كما لو كان المورث حيا وقال له ذلك فقال صادقهما ، والاختلاف في هذه المسئلة ذكر على عكس ما ذكر في الكتاب في عامة الكتب

(فصل)

قدم باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لأنه لا يلحقه الفسخ ، بخلاف مسائل هذا الفصل . اعلم أن

(قال المصنف : وعلى هذا الخلاف إذا مات الرجل وترك ألف درهم) أقول : قال في المنظومة في كتاب الإقرار في باب أبي حنيفة خلافا

لصاحبه : لو تركت ألف وهذا يلحق دينا وذلك قال هذا مودعي

والابن قد صدق هذين معا استويا وأعطيا من أودعا

(فصل : ومن أوصى بوصايا)

قال (ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصى أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات) لأن الفريضة أهم من النافلة ، والظاهر منه البداءة بما هو الأهم (فإن تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصى إذا ضاق عنها الثلث) لأن الظاهر أنه يبتدئ بالأهم . وذكر الطحاوي أنه يبتدئ بالزكاة ويقدمها على الحج وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف ، وفي رواية عنه أنه يقدم الحج وهو قول محمد .

(قوله ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصى وأخرها) أقول : يشكل إطلاق هذه المسئلة بالعتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصى على أصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، فإن العتق عندهما من حقوق الله تعالى حتى تقبل الشهادة عليه عندهما من غير دعوى كما تقرر في محله ومر في الباب السابق أيضا مع أنه يقدم على الفرائض منها بالاتفاق وإن كان نفسه من التطوعات كما صرح به في عامة المعتمرات وذكر في النهاية وغاية البيان أيضا نقلا عن شرح الطحاوي فتأمل . (قوله لأن الفريضة أهم من النافلة ، والظاهر منه البداءة بما هو الأهم) أقول : يرد على ظاهر هذا التعليل أنه يناقض قوله في وضع المسئلة قدمها الموصى أو أخرها إذ على تقدير إن أخر الفرائض تكون بداءته بالنافلة لاحالة فلا يقع منه البداءة هناك بالأهم ، إذ لا شك أن الأهم هو الفرائض فكيف يتمشى هناك أن يقال الظاهر منه البداءة بما هو الأهم . والجواب أن المراد بالبداءة في قوله والظاهر منه البداءة بما هو الأهم هو البداءة في الإعطاء والتفليك لا البداءة في الذكر والتلفظ ، فالمعنى أن الظاهر من حال الموصى البداءة في الإعطاء والتفليك بما هو الأهم في الشرع وإن أخره في الذكر والتلفظ . ووجه آخر وهو أن يكون المراد بالبداءة المذكورة بداءة من ينفذ وصاياه ويؤديها إلى محلهما من الوصى والقاضي ونحوهما لا بداءة نفسه . فالمعنى أن الظاهر من حال الموصى أن يقصد بداءة من ينفذ وصاياه ويصرفها إلى محلهما بما هو الأهم في الشرع من بين ما ذكره نفسه (قوله فإن تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصى إذا ضاق عنها الثلث لأن الظاهر أنه يبتدئ بالأهم) يعني إن تساوت الوصايا التي من حقوق الله تعالى في القوة بأن كان كلها فرائض أو واجبات أو نوافل بدئ بما قدمه الموصى إذا ضاق عنها الثلث ، لأن الظاهر من حال

من مات وعليه حقوق الله تعالى من صلاة أو صيام أو زكاة أو حج أو كفارة أو نذر أو صدقة فطر ، فلما أن يوصى بها أو لا ، فإن كان الثاني لم تؤخذ من تركه ولم تجبر الورثة على إخراجها لكن لهم أن يترعوا بذلك ، وإن كان الأول ينفذ من ثلث ماله عندنا . ثم الوصايا إما أن تكون كلها لله تعالى أو كلها للعباد أو يجمع بينهما ، فاللعباد خاصة تقدم ذكرها ، وما لله تعالى إما أن يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة ، أو واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر ، أو كله تطوعا كالحج التطوع ، والصدقة على الفقراء ، وما أشبههما . أو يجمع بين هذه الوصايا كلها بأن جمع بينها والثلث يحتمل جميع ذلك تنفذ وصاياه كلها من ثلث ماله ، وكذلك إن لم يحتمل ذلك ولكن أجازت الورثة ، وإن لم يجزوها فإن كانت كلها لله وهي فرائض كلها أو واجبات كلها أو تطوع يبدأ بما بدأ به الميت ، وإن اختلطت يبدأ بالفرائض قدمها الموصى أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات ، لأن الفريضة أهم من النافلة . والظاهر منه البداءة بما هو أهم وإن تساوت في القوة : يعني أن يكون الكل فرضا أو واجبا أو تطوعا كما ذكرنا بدئ بما قدمه الموصى ، لأن الظاهر أنه يبتدئ بالأهم . فإن قيل : أين ذهب قول أبي يوسف ومحمد ولا معتبر بالتقديم في الذكر فإنه لا يوجب التقديم في الثبوت ، ففي هذه المسئلة حجة لأبي حنيفة راحة الله عليهما ؟ أجيب بأن هذا مختص بحقوق الله تعالى لكون الحق واحدا . وأما إذا تعدد المستحق فلا معتبر بالتقديم ، كما لو أوصى بثلاثة

(قوله والصدقة على الفقراء) أقول : فإنها تقع في كف الرحمن فهي حق الله تعالى (قوله وإن لم يجزوها فإن كانت كلها لله تعالى) أقول : الكلام يحتاج إلى توجيه كما لا يخفى (قوله لأن الفريضة أهم من النافلة) أقول : لعله أراد بالفريضة هنا ما يعم الواجب فلا يخالف جعل الكفارات من الفرائض لما أسلفه آنفا من عددها من الواجبات ، والقرينة لتلك الإرادة مقابلتها بالنافلة (قوله فإن قيل : أين ذهب) أقول : يعني في الفصل السابق (قوله في هذه المسئلة حجة لأبي حنيفة عليهما) أقول : أبو حنيفة لم يعتبر التقديم في الذكر ، وإلا فلو أوصى بشئ لإنسان ثم به لآخر لزم أن يقدم المقدم ، وجوابه اعتبار عدم المجانسة عنده فيه ، صرح به الحجازي . فراجع (قوله أوجب بأن هذا مختص بحقوق الله تعالى) أقول : فيه بحث .

وجه الأولى أنهما وإن استويا في الفرضية فالزكاة تعلق بها حق العباد فكان أولى . وجه الأخرى أن الحج يقام بالمال والنفس والزكاة بالمال قصرًا عليه فكان الحج أقوى . ثم تقدم الزكاة والحج على الكفارات لمزيتها عليهما في القوة ، إذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت في الكفارات ، والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على

الإنسان أن يبتدئ بالأهم . أقول : لقائل أن يقول : في تمام التعليل نظر : إذ الظاهر أن الأهم في حقوق الله تعالى ما هو الأقوى منها ، والمفروض في وضع مسئلتنا هذه تساوى تلك الحقوق فكيف يتصور أهمية بعضها من بعض ، وإن وجد التفاوت بينها في القوة من جهة بعد تساويها في القوة من جهة الفرضية أو الوجوب أو التنفل فالظاهر أنه أهمها ما هو أقوىها في اعتبار الشرع دون اعتبار الموصى ، فإن أريد بالأهم في قوله لأن الظاهر أنه يبتدئ بالأهم ما هو الأهم : أي الأقوى في اعتبار الشرع فلا نسلم أن الظاهر أن يبتدئ به ، إذ لا يبتدئ كل أحد إلى معرفة ما هو الأقوى في اعتبار الشرع من بين الفرائض أو الواجبات أو النوافل فكيف يجعل ابتدائه بشيء منها دليلًا على كونه أقوى من غيره في اعتبار الشرع ، وإن أريد بالأهم في ذلك ما هو الأهم عند المبتدئ كما صرح به في الكافي حيث قال : لأن الظاهر من حال الإنسان أن يبدأ بما هو الأهم عنده فيكون للظاهر أن يبتدئ به فسلم ، لكن كون مثل هذا الظاهر موجبًا للبداءة في التنفيذ والأداء بما قدمه الموصى في الذكر مع العلم بكون ما أخره أهم في اعتبار الشرع غير واضح ، فإن كون الظاهر من حال الإنسان أن يبدأ بما هو الأهم عنده متحقق في المسئلة المتقدمة هنا أيضًا مع أنه لم يعمل به هناك بل عمل هناك بما هو الأهم عند الشرع حيث قدمت الفرائض سواء قدمها الموصى أو أخرها فليتدبر في الدفع . ثم إن صاحب العناية قصد تفصيل المسائل المتعلقة بهذا المقام وضبطها فقال : ثم الوصايا إما أن تكون كلها لله تعالى أو كلها للعباد أو يجمع بينهما ، فما للعباد خاصة تقدم ذكرها . وما لله تعالى إما أن يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة ، أو واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر ، أو كله تطوعًا كالحج التطوع والصدقة على الفقراء وما أشبهها ، أو يجمع بين هذه الوصايا كلها ، فإن جمع بينها والثلاث يحتمل جميع ذلك تنفذ وصاياها كلها من ثلث ماله ، وكذلك إن لم يحتمل ذلك ولكن أجازة الورثة ، وإن لم يجوزها فإن كان كلها لله وهي فرائض كلها أو واجبات كلها أو تطوع يبدأ بما بدأ به الميت ، وإن اختلطت يبدأ بالفرائض قدمها الموصى أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات . لأن الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو الأهم اهـ كلامه . أقول : في تقريره خلل ، لأن ضمير المفعول في قوله وإن لم يجوزها إما أن يرجع إلى الوصايا الجامعة بين الفرائض والواجبات والنوافل ، أو يرجع إلى مطلق الوصايا الجامعة كانت بينها أو غير جامعة ، فإن رجع إلى الأولى كما هو الظاهر من سياق كلامه حيث قال : فإن جمع بينها فساق كلامه الخ يلزم أن لا يصح قوله فإن كان كلها لله وهي فرائض أو واجبات كلها أو تطوع يبدأ بما بدأ به ، لأن الوصايا التي كلها فرائض والتي كلها واجبات والتي كلها تطوع قسيات لوصايا الجامعة بينها كما ذكره من قبل ، فكيف يتصور أن تجعل هنا قسما منها ، وإن رجع إلى الثانية فع كونه مما يأباه سياق كلامه يلزم أن يكون كثير من الأقسام مع أحكامها مهملا متروكا في مقام التفصيل ، وذلك مثل أن تكون الوصايا كلها فرائض أو واجبات أو نوافل والثلاث يحتمل الكل أو لا يحتمل ذلك . ولكن أجازة الورثة ، فإن كلا منها قد خرج بقوله فيما قبل ، فإن جمع بينها ولم يذكر فيما بعد أصلا فيفوت المقصود من البسط والبيان وهو الضبط والجمع ، ثم إن الشارح المذكور إنما وقع فيما وقع بزيادة قوله فإن جميع بينها بعد قوله أو يجمع بين هذه الوصايا كلها ، ولو سلك في التفسير مسلك غيره من شراح هذا الكتاب وغيرهم فقال بعد قوله أو يجمع بين هذه الوصايا كلها فإن كان ثلث ماله يحتمل جميع ذلك وساق كلامه الخ سلم عن

لإنسان ثم أوصى بثلثه لآخر . وقوله (فالزكاة تعلق بها حق العباد) يعني باعتبار أن الفقير حقه في القبض ثابت فكان مترجحا بحقين . وقوله (إذ جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت في الكفارات) أما في الزكاة فقوله تعالى - والذين يكنزون الذهب والفضة - الآية ، وأما في الحج فقوله تعالى - ومن كفر فإن الله غني عن العالمين - مكان قوله ومن لم يحج ، وقوله صلى الله عليه وسلم « من مات وعليه حجة الإسلام إن شاء مات يهوديا » الحديث . وقوله (والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على

صدقة الفطر لأنه عرف وجوبها دون صدقة الفطر ، وصدقة الفطر مقدمة على الأضحية للاتفاق على وجوبها بالقرآن والاختلاف في الأضحية ، وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض . قال (وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصى) لما بينا وصار كما إذا صرح بذلك . قالوا : إن الثالث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد ، فما أصاب القرب صرف إليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة . لأنه إن كان المقصود بجمعها رضا لله تعالى فكل واحدة في نفسها مقصود فتفرد كما تفرد وصايا الآدميين . قال (ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا) لأن الواجب لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفي من بلده والوصية لأداء ما هو الواجب عليه وإنما قال راكبا لأنه لا يلزمه أن يحج ماشيا فانصرف إليه على الوجه الذي وجب عليه . قال (فإن لم تبلغ الوصية النفقة أحجوا عنه من حيث تبلغ) وفي القياس لا يحج عنه ، لأنه أمر بالحجة على صفة عدمها فيه . غير أنا جوزناه لأننا نعلم أن الموصى قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما أمكن والممكن فيه ما ذكرناه . وهو أولى من إبطالها رأسا . وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعق من قبل . قال (ومن خرج من بلده حاجا فمات

جميع ما ذكرناه في بيان الخلل تأمل تقف) قوله وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض) قال الشراح : فن ذلك أن يقدم صدقة الفطر على النذور لكونها واجبة بإيجاب الشرع وكون النذور واجبة بإيجاب العبداء . أقول : لقائل أن يعارض ويقول عرف وجوب النذور بالقرآن وهو قوله تعالى - وليوفوا نذورهم - وعرف وجوب صدقة الفطر بالسنة فينبغي أن تقدم النذور على صدقة الفطر بناء على ذلك كما قدم الكفارة في القتل والظهار واليمين عليها لذلك على ما ذكر في الكتاب (قوله قالوا : إن الثالث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد الخ) وفي غاية البيان : قال شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي :

صدقة الفطر) ترك كفارة الإفطار لأنها ليست مقدمة على صدقة الفطر لثبوتها بخبر الواحد وثبوت صدقة الفطر بآثار مستفيضة . وقوله (وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض) فن ذلك أن تقدم صدقة الفطر على النذور لكونها واجبة بإيجاب الشرع والنذور واجب بإيجاب العبد ، والنذور تقدم على الأضحية لوقوع الاختلاف في وجوبها دون وجوب النذور (وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصى لما بينا) يعني قوله لأن الظاهر أنه يتبدئ بالأهم وصار كما إذا صرح بذلك وقال « ابدعوا بما بدأت به ، ولو قال كذلك لزم تقديم ما قدم فكذا هذا وهو ظاهر الرواية . وروى الحسن عن أصحابنا أنه يبدأ بالأفضل فالأفضل يبدأ بالصدقة ثم بالحج ثم بالعق مثلا سواء رتب على هذا الترتيب أو لم يرتب ، وما جمع بينهما قالوا : إن الثالث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله وما كان للعبد وتجعل كل جهة من جهات القرية مفردة بالضرب ويقسم على عددها ، فإذا قال ثلث مالى في الحج والزكاة والكفارات ولزيد يقسم على أربعة أسهم لأن المقصود بجمعها وإن كان متحدا وهو رضا الله فكل واحدة في نفسها مقصودة فتفرد كما تفرد وصايا الآدميين فإن الجميع منها ، وإن كان المقصود منه القرية إذا أوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل لكن يجعل لكل جهة سهم على حدة فكذا هذا . قال (ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلا من بلده) كلامه واضح . وقوله (وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعق من قبل) يعني على مذهب أبي حنيفة ، وهو الذي ذكره قبل هذا الفصل بقوله : وله أنه وصية بعق عبد يشترى بمائة الخ ، وقوله (ومن خرج من بلده حاجا) قيد به لأنه إذا خرج للتجارة

(قوله وروى الحسن عن أصحابنا أنه يبدأ بالأفضل ، فالأفضل يبدأ بالصدقة الخ) أقول : قال السرخسي في محيطه : لأن الصدقة أفضل الطاعات وأجود الخيرات ، قال عليه الصلاة والسلام « تباها العبادات عند الله تعالى ، فقالت الصدقة : أنا أفضلها » ولأن نفعها عائد إلى غيره ، ونفع غيرها مقتصر عليه . وقال عليه الصلاة والسلام « خير الناس من ينفع الناس » والحج أفضل من العق لأنه من الأركان الخمسة ، والبداءة بالأفضل أولى لأنه أجزل ثوابا وأعظم أجرا . وأنت خير بأن قوله ونفع غيرها مقتصر عليه منقوض بالعق

في الطريق وأوصى أن يحج عنه يحج عنه من بلده) عند أبي حنيفة وهو قول زفر . وقال أبو يوسف ومحمد . يحج عنه من حيث بلغ استحسانا ، وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره في الطريق . لهما أن السفر بنية الحج وقربه وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع أجره على الله فيبتدئ من ذلك المكان كأنه من أهله ، بخلاف سفر التجارة لأنه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده . وله أن الوصية تنصرف إلى الحج من بلده على ماقررناه أداء للواجب على الوجه الذي وجب ، والله أعلم .

فإن قيل : إذا كانت الوصية بحجة الإسلام فينبغي أن تقدم على الوصية لإنسان لأن ذلك ليس بفرض والحج فريضة . قلنا : هذا إذا اتحد المستحق ، فأما عند اختلاف المستحق فلا تعتبر قوة الوصية اه . أقول : في الجواب نظر ، فإنه منقوض بالعتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي وبالحياة في البيع إذا وقعت في المرض ، فإن كلا منها يقدم على جميع سائر الوصايا ما كان لله وما كان للعبد لقوة العتق من حيث أنه لا يلحقه الفسخ أصلا ، وقوة الحياة أيضا من حيث أنه لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي كما مر في باب العتق في المرض ، ولو لم تعتبر قوة الوصية عند اختلاف المستحق لما قدمت الحياة عند اجتماعها مع وصايا من حقوق الله تعالى ، لأن المستحق في الحياة هو العبد ، وفي حقوق الله تعالى هو الله تعالى فقد اختلف المستحق ، وكذا الحال في العتق الموقع في المرض أو المعلق بالموت عند اجتماعه مع حقوق الله تعالى عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، لأن العتق حق العبد عنده وعند اجتماعه مع حقوق العباد عند صاحبيه ، لأن العتق حق الله تعالى عندهما على ما عرف تدبر (قوله لهما أن السفر بنية الحج وقربه وسقط فرض قطع المسافة بقدره الخ) قال صاحب العناية : قوله لهما أن السفر بنية الحج وقربه الخ مدفوع بقوله عليه الصلاة والسلام « كل عمل ابن آدم ينقطع بموته إلا ثلاثة » فإن الخروج للحج ليس منه . ورد بأن المكفر إذا أطعم بعض المساكين فأتى وأوصى به وجب الإكمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع ما أطعمه بالموت ، ذكره في الأسرار ، فاهو

يحج عنه من بلده بالاتفاق وسيذكره بعيد هذا . قيل هذا الخلاف فيها إذا كان له وطن ، فأما إذا لم يكن فيحج عنه من حيث مات بالاتفاق . لأنه أو تجهز بنفسه لتجهز من حيث هو ، فكل ذلك إذا أوصى . وقوله (لهما أن السفر بنية الحج وقربه الخ) مدفوع بقوله صلى الله عليه وسلم « كل عمل ابن آدم ينقطع بموته إلا ثلاثة » فإن الخروج للحج ليس منه . ورد بأن المكفر إذا أطعم بعض المساكين ومات فأوصى وجب الإكمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع ما أطعمه بالموت ، ذكره في الأسرار ، فاهو جواب أبي حنيفة عن ذلك فهو جوابنا عن الحج . وأجيب بالفرق بأن سفر الحج لا يتجزأ في حق الأمر ، بدليل أن الأول إذا بدا له في الطريق أن لا يحج بنفسه بعد ما مشى بعض الطريق وفوض الأمر إلى غيره برضا الوصي لم يجز ولزمه رد ما أنفق ، وأما الإطعام فإنه يقبل التجزئ ، حتى أن المسأور بالإطعام إذا أطعم البعض ثم ترك البعض وأمر به غيره فإنه يجزئ ، كذا في الأسرار وهذا ليس بدافع لأن الحديث لم يفصل بين المتجزئ وغيره في الانقطاع ، إلا أن يقال : التجزئ في الإطعام مستند إلى الكتاب فإنه لم يشترط فيه التتابع أصلا ، حتى لو جامع في خلال الإطعام مثلا لم يجب عليه إعادة ما سبق والكتاب أقوى وإن كان دلالة فعمل به والحج لم يكن فيه دليل أقوى من الحديث فعمل به . وقوله (على ماقررناه) أراد به قوله قبيل هذا : ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلا الخ .

(قال المصنف : لهما أن السفر بنية الحج وقربه) أقول : وقرر العلامة النسفي في الكافي دليل الطرفين هكذا : لهما أن السفر بنية الحج وقربه ، وقد وقع أجره على الله تعالى لقوله تعالى - ومن يخرج من بيته مهاجرا - الآية ولم ينقطع بموته بل يكتب له حج مبرور فيها من ذلك المكان كأنه من أهل ذلك المكان ، بخلاف ما إذا خرج بنية التجارة لأنه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده . وله أن عمله انقطع بموته لقوله عليه الصلاة والسلام « كل عمل ابن آدم ينقطع بموته إلا ثلاثة » والخروج للحج ليس من الثلاثة ، ولا بناء على المنقطع ، وظهر بموته أن سفره كان سفر الموت لا سفر الحج ، فكان هذا في المعنى وخروجه للتجارة سواء ، وثمة يحج عنه من يلبه فها هنا كذلك (قوله حتى أن المسأور بالإطعام) أقول : يعنى في كفارة الظهار .

(باب الوصية للأقارب وغيرهم)

قال (ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند أبي حنيفة ، وقالوا : هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن مخلة الموصى ويجمعهم مسجد الخلة) وهذا استحسان . وقوله قياس لأن الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة

جواب أبي حنيفة عن ذلك فهو جوابنا عن الحج . وأجيب بالفرق بأن سفر الحج لا يتجزأ في حق الأمر بدليل أن الأول لو بدا له في الطريق أن لا يخرج بنفسه بعد ماشى . بعض الطريق وفوض الأمر إلى غيره برضا الوصى لم يجز ولزمه رد ما أنفقه ، وأما الإطعام فإنه يقبل التجزى حتى إن المأمور بالإطعام إذا أطعم البعض ثم ترك البعض وأمر به غيره فإنه يجزئه ، كذا في الأسرار ، وهذا ليس بدافع لأن الحديث لم يفصل بين المتجزئ وغيره في الانقطاع ، إلا أن يقال : التجزى في الإطعام مستند إلى الكتاب فإنه أقوى وإن كان دلالة فعل به ، والحج لم يكن فيه دليل أقوى من الحديث فعلم به ، إلى هنا لفظ العناية . أقول : السؤال والجواب اللذان ذكرهما بقوله ورد وأجيب مذكوران في النهاية وغيرها ، وتصرف هذا الشارح نفسه إنما هو في قوله وهذا ليس بدافع الخ ساقط ، إذ ليس مدار الجواب المذكور على أن المتجزئ لا ينقطع وغير المتجزئ ينقطع حتى يرد عليه ما قاله من أن الحديث لم يفصل بين المتجزئ وغيره . بل مداره على أن الانقطاع لا يضر في المتجزئ وإنما يضر في غير المتجزئ ، فإن كل عمل غير متجزئ إذا انقطع قبل التمام يبطل من الأصل بالضرورة ويلحق بالعدم كما في الصوم والصلاة ، والحج غير متجزئ ، فإذا انقطع بموت الحاج في الطريق وجب أن يحج من بلد الموصى أداء للواجب على الوجه الذي وجب عليه ، بخلاف العمل المتجزئ فإنه لا يلزم من انقطاعه قبل تمامه أن يبطل من الأصل ، بل يجوز أن ينضم الآخر ما بقى منه ، كما إذا أطعم المأمور بالإطعام بعض المساكين ثم ترك البعض وأمر به غيره فإنه يجزئه كما نص عليه في الأسرار . وعلى هذا كان الجواب المذكور دافعا للسؤال قطعاً ، ولعدم فرق الشارح المزبور بين المدارين قال في تقرير السؤال : ولم ينقطع ما أطعمه بالموت والواقع في النهاية بدل ذلك ولم يبطل هناك ما أطعمه بالموت ، وفي معراج الدراية بدله ، ولم يجب الاستئناف هناك بل وجب الإكمال بما بقى بالاتفاق . ثم إن مدار التوجيه الذي ذكره صاحب العناية بقوله إلا أن يقال التجزى في الإطعام مستند إلى الكتاب الخ ، على أن التجزى ينافي الانقطاع وإلا لم يكن بين الحديث المذكور والكتاب الدال على تجزى الإطعام تعارض أصلاً حتى يترك العمل بالحديث المذكور في حق الإطعام ويعمل بالكتاب فيه لقوته ، وقد عرفت أن التجزى لا ينافي الانقطاع بل يتحقق الانقطاع في المتجزئ وغيره ، إلا أن الإكمال بما بقى متصور في المتجزئ دون غيره فلا يقتضى العمل بالكتاب في حق الإطعام ترك العمل بالحديث المذكور في حق ذلك كما لا يخفى ، فما ارتكبه الشارح المزبور هنا من ضيق العطن كما ترى ،

(باب الوصية للأقارب وغيرهم)

آخر هذا الباب عما تقدمه لأنه ذكر في هذا الباب أحكام الوصية لقوم مخصوصين ، وذكر فيما تقدمه أحكام الوصايا على وجه العموم ، والخصوص أبداً يتلو العموم ، كذا في الشروح (قوله ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون) قال صاحب العناية :

(باب الوصية للأقارب وغيرهم)

إنما أخر هذا الباب عما تقدمه لأن في هذا الباب ذكر أحكام الوصية لقوم مخصوصين . وفيما تقدمه ذكر أحكامها على وجه العموم ، والخصوص أبداً يتلو العموم . قال (ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون) كان حق الكلام أن يقدم وصية الأقارب

(باب الوصية للأقارب وغيرهم)

(قوله كان حق الكلام أن يقدم وصية الأقارب)

ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ، ولأنه لما نص صرفة إلى الجميع يصرف إلى أخص الخصوص وهو الملاصق . وجه الاستحسان أن هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا ، وقد تأيد بقوله صلى الله عليه وسلم « لاصلة لجار المسجد إلا في المسجد » وفسره بكل من سمع النداء ، ولأن المقصد برّ الجيران واستجابته ينتظم الملاصق وغيره . إلا أنه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد ، وما قاله الشافعي رحمه الله : الجوار إلى أربعين دارا بعيد . وما يروى فيه ضعيف . قالوا : ويستوى فيه الساكن والمالك والذكر والأنثى والمسلم الذي لأن اسم الجار يتناولهم

كان حق الكلام أن يقدم وصية الأقارب نظرا إلى ترجمة الباب ، ويجوز أن يقال : الواو لا يدل على الترتيب ، وأن يقال : فعل ذلك اهتماما بأمر الجاراه كلامه . أقول : كل واحد من توجيهه كاسد . أما الأول فلأن الواو إنما لا يدل على الترتيب الخارجى : أى لا يدل على وقوع مدخوله في الخارج بعد وقوع المعطوف عليه فيه ، وأما ما تأخر مدخوله في الذكر عن المعطوف عليه فأمر ضرورى ، ولا يخفى أن مدار قوله كان حق الكلام أن يقدم وصية الأقارب نظرا إلى ترجمة الباب على الثانى : يعنى لما قدم ذكر الوصية للأقارب في ترجمة الباب كان حق الكلام أن يقدم ذلك في بسط المسائل أيضا ليحصل التناسب بين الإجمال والتفصيل ، وعدم دلالة الواو على الترتيب في الوقوع الخارجى لا يدفع ذلك بلا ريب . وأما الثانى فلأن الاهتمام بأمر الجار له كان واجبا أو مستحسنا لفعل ذلك في ترجمة الباب بأن قال باب الوصية للجيران وغيرهم . ولما لم يفعل هناك علم أن اهتمامه كان بأمر الأقارب : فكان حق الكلام هنا أن يساق على منواله رعاية للتناسب (قوله ولأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع يصرف إلى أخص الخصوص وهو الملاصق الخ) أو ضحه في الكافي حيث قال : ولأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع : ألا يرى أنه لا يدخل فيه جار المحلة وجار الأرض وجار القرية صرف إلى أخص الخصوص وهو الملاصق اه . وعن هذا قال في العناية في شرح قول المصنف لما تعذر صرفه إلى الجميع : يعنى لعدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الأرض . أقول : لقائل أن يقول : عدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الأرض في الوصية لجيران الموصى لعدم انطلاق لفظ الجيران المضاف إلى الموصى نفسه على شيء من ذلك لاحقية ولا عرفا بخلاف من يسكن محلة الموصى ويجمعهم مسجد محله فإن هؤلاء كلهم يسمون جيران الموصى عرفا كما سيأتى في وجه الاستحسان ، فلا يلزم من تعذر صرفه إلى الجميع تعذر صرفه إلى أهل مسجد محله كما قاله الإمامان حتى يتعين صرفه إلى أخص الخصوص كما قاله أبو حنيفة فتأمل (قوله ولأن المقصد برّ الجيران فاستجابته ينتظم الملاصق وغيره) أقول : ولقائل أن يقول : نعم إن مقصود الموصى من إيصاله لجيرانه برّ الجيران لكن الجيران هم الملاصقون لا غير لأن الجار من المجاورة وهى الملاصقة فكيف ينتظم الملاصق وغيره ، وإن صير إلى كون غير الملاصق أيضا من أهل المحلة جيرانا عرفا يلزم المصير إلى الدليل الأول ، فلا يكون لجعل هذا التعليل دليلا ثانيا كما هو مقتضى التحرير وجه كما لا يخفى (قوله قالوا ويستوى فيه الساكن والمالك والذكر والأنثى والمسلم والذي لأن اسم الجار يتناولهم) أقول : التعميم المستفاد من قولهم ويستوى فيه الساكن والمالك يناقى تقييد المصنف

نظرا إلى ترجمة الباب ، ويجوز أن يقال الواو لا تدل على الترتيب ، وأن يقال فعل ذلك اهتماما بأمر الجار (قوله لأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع) يعنى لعدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الأرض صرف إلى أخص الخصوص وهو الملاصق . وقوله (وذلك عند اتحاد المسجد) قيل حتى لو كان في المحلة مسجدان صغيران متقاربان فالجميع جيران . وقوله (وما يروى فيه ضعيف) يعنى ما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال « الجار أربعون دارا ، هكذا وهكذا أربع مرات » إشارة إلى الجوانب الأربعة . فإن قيل : هذا خبر لا يعرف راويه : وقال ابن قدامة : هذا إن صح كان نصا في الباب وقد طعن في راويه (قالوا : ويستوى فيه الساكن والمالك والذكر والأنثى والمسلم والذي) قال محمد في الزيادات : وينبغى على قياس قول أى حنيفة أن يدخل السكان

نظرا إلى ترجمة الباب) أقول : فإنه نص على خصوص الأقارب وقدم على غيرهم المذكور مجملا ، وكل ذلك يدل على أهميته ، وما ذكره بقوله ويجوز لا يدفعه ، وكذا قوله وأن يقال الخ . ثم يمكن أن يقال لكل من الأقارب والجيران خصوصية تستدعى الاهتمام فنه على أهمية كل منهما من وجه بطريق حيث قدم الأقارب في الإجمال والجيران في التفصيل (قوله إشارة إلى الجوانب الأربعة) أقول : وفى بعض الشروح أشار إلى الجوانب الثلاثة يمين ويسار وخلف (قوله وقال ابن قدامة) أقول : من الحنابلة .

ويدخل فيه العبد الساكن عنده لإطلاقه ، ولا يدخل عندهما لأن الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن . قال (ومن أوصى لأصهاره فالوصية لكل ذى رحم محرم من امرأته) لما روى « أن النبي عليه الصلاة والسلام لما تزوج صفية أعتق كل من ملك من ذى رحم محرم منها إكراما لها » وكانوا يسمون أصهار النبي عليه الصلاة والسلام . وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيدة ، وكذا يدخل فيه كل ذى رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذى رحم محرم منه لأن الكل أصهار . ولو مات الموصى والمرأة في نكاحه

فما مر بقوله ممن يسكن محلة الموصى ، إلا أن يكون ما نقله هاهنا عن المشايخ رواية أخرى . لكن أسلوب تجريده يأبى ذلك كما لا يخفى على الفطن . وقال بعض المتأخرين : المفهوم من قول المصنف ممن يسكن محلة الموصى الخ اشتراك السكنى في استحقاقهم الوصية عندهما ملاكا أو غيرهم . وما نقله عن المشايخ عدم اشتراط السكنى عندهما إن كانوا ملاكا بدليل تخصيص خلافهما بالعبد الساكن فتأمل اه كلامه . أقول : ليس هذا بتام لأن تخصيص خلافهما بالعبد الساكن إنما يكون دليلا على عدم الخلاف في الحر الساكن ، لا على عدم الخلاف في الحر الغير الساكن إذا كانوا ملاكا حتى يفهم منه عدم اشتراط السكنى عندهما إن كانوا ملاكا . ثم إن تعليل قولهما في العبد الساكن بقوله لأن الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن بمنزلة الصريح في اشتراط السكنى عندهما في استحقاقهما الوصية وإن كانوا أحرارا وملاكا فإنه قال وهو غير ساكن ولم يقل وهو غير مالك للدار ، فدل قطعا على أن عدم دخول العبد الساكن عندهما لعدم تحقق سكنى مولاه الذى هو الموصى له في الحقيقة ، وهذا إنما يتم باشتراط السكنى عندهما في استحقاقهم الوصية فلامعنى لاستنباط عدم اشتراط السكنى عندهما إن كانوا ملاكا من الخلافية المذكورة كما فعله ذلك البعض (قوله لأن الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن) قال بعض المتأخرين : ولقائل أن يقول : لعله أراد بدخوله كون نفسه موصى له ومستحقا للوصية فيحمل على أنه لو أعتق قبل موت الموصى صار مستحقا له ، ولا يضره كونه عبدا وقت الوصية ، إذ العبرة لوقت الموت فالخلاف بينهما غير حقيقى ، وأيضا الوصية بدءا للبعد ثم لمولاه لأن العبد وما يملكه لمولاه فسكنائه كاف في استحقاقه الوصية فتأمل إلى هنا كلامه . أقول : كل من شئى كلامه غير صحيح . أما الأول منهما فلأن العبرة إذا كانت لوقت الموت دون وقت إيجاب الوصية كان الخلاف المذكور بينهما فيمن كان عبدا وقت الموت وكان الخلاف في ذلك حقيقيا لا محالة . وأما الذى كان عبدا وقت الإيجاب ثم أعتق قبل الموت فصار حرا وقت الموت فخارج عن محل الخلاف المذكور قطعا ، لأنه لما صار حرا في الوقت الذى له العبرة في أحكام الوصية عامة وهو وقت موت الموصى صار من قبيل سائر الأحرار بلا تفاوت ، فلا يصلح أن يكون محل الخلاف فيما نحن فيه بلا ريب فكيف يحمل الكلام عليه . وأما الثانى فلأنه لا شك أن ليس معنى الوصية للعبد أن يملك شيء للعبد تملكها مضافا إلى الموت فيملكه العبد ابتداء عند الموت ثم ينتقل الملك من ذلك العبد إلى مولاه ثانيا ، بل معناها تملك شيء لمولى العبد كما هو الحال في سائر التملكيات للعبد على ما صرحوا به ، وإلا يلزم أن يكون العبد أهلا للملك لنفسه ابتداء ولم يقل به أحد ، فإذا كانت الوصية للعبد وصية لمولاه وكان التملك تملك لمولاه ، فلا معنى لقول ذلك البعض فسكنائه كاف في استحقاقه الوصية تأمل ترشد (قوله ومن أوصى لأصهاره) قال صاحب النهاية :

تحت الوصية من الجيران المتلاصقين وإن كانوا لا يملكون المسكن ، ومن كان مالكا ولم يكن ساكنا لا يدخل . قال أبو بكر ابن شاهويه : هذه كرخدانية من محمد في مذهب أبي حنيفة ، وليس كذلك فإنه بنى هذا الحكم على استحقاق الشفعة وهو الملاك . وأقول : ينبغى على قول محمد أن لا يدخل الذى لأن المسجد لا يضمه إلا إذا أريد باتحاد المسجد سماع الأذان . وقوله (ومن أوصى لأصهاره) أى لأقرباء امرأته . قال في الصحاح : الأصهار أهل بيت المرأة ، وإنما قال : وهذا التفسير اختيار

(قوله وليس كذلك) أقول : من كلام أبي بكر بن شاهويه (قوله وأقول : ينبغى على قول محمد أن لا يدخل الذى) أقول : لأدرى ما وجه تخصيص محمد بالذكر .

أو في عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية ، وإن كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها لأن بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط عند الموت . قال (ومن أوصى لأختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه وكذا محارم الأزواج) لأن الكل يسمى ختنا . قيل هذا في عرفهم : وفي عرفنا لا يتناول الأزواج المحارم ، ويستوى فيه الحر والعبد والأقرب والأبعد . لأن اللفظ يتناول الكل . قال (ومن أوصى لأقاربه فهي للأقرب فالأقرب من كل ذى رحم محرم منه . ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون ذلك للثنين فصاعدا ، وهذا عند أبي حنيفة . وقال صاحباه : الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام) وهو أول أب أسلم أو أول أب أدرك الإسلام وإن لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ . وفائدة الاختلاف تظهر في أولاد أبي طالب فإنه أدرك الإسلام ولم يسلم . لهما أن القريب مشتق من القرابة فيكون اسم لمن قامت به فينظم بحقيقة مواضع الخلاف . وله أن الوصية أخت الميراث . وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب ، والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية ، والمقصود من هذه الوصية تلافى ما فرط في إقامة واجب الصلة وهو يختص بذى الرحم المحرم منه ، ولا يدخل فيه قرابة الولاد فإنهم لا يسمون أقرباء ، ومن سمي والده قريبا كان منه عقوقا ، وهذا لأن القريب في عرف اللسان من يتقرب إلى غيره بوسيلة غيره . وتقرب الوالد والولد بنفسه

أي لأقرباء امرأته . وفي الصحاح : الأصهار أهل بيت المرأة . واقتضى أثره في هذا التفسير والاستشهاد بما في الصحاح صاحبها العناية ومعراج الدراية . أقول : تفسير الأصهار في هذه المسئلة بأقرباء امرأته لا يناسب قول المصنف فيما بعد ، وكذا يدخل فيه كل ذى رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذى رحم محرم منه لأن الكل أصهار ، فإن كلامهم ليس من أقرباء امرأته مع أنهم يدخلون في الإيصاء بالأصهار بناء على كون كلهم أصهارا كما صرح به المصنف . فالوجه أن يفسر الأصهار في هذه المسئلة بما هو أعم من أقرباء امرأته . وقد جاء في اللغة جعل الأصهار أعم من أقرباء المرأة . قال في الصحاح : الأصهار أهل بيت المرأة . عن الخليل قال : ومن العرب من يجعل الصهر من الأعمام والأخوات جميعا . وقال في القاموس : الصهر بالكسر القرابة وحرمة الختونة جمعه أصهار . ثم قال : وزوج بنت الرجل وزوج أخته والأختان أصهار أيضا اه تدبر (قوله وله أن الوصية أخت الميراث وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب ، والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية) أقول : فيه

محمد وأبي عبيدة لأن الصهر في اللغة يجمى بمعنى الختن أيضا . وقوله (وإن كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها) يعني وإن ورثت منه بأن يكون الطلاق في المرض . وقوله (ومن أوصى لأختانه) يعني أن الأختان تطلق على أزواج المحارم كزوج البنت والأخت والعمة والحالة وغيرها ، وعلى محارم الأزواج ، فيكون كل ذى رحم محرم من أزواج المحارم من الذكر والأنثى كلهم في قسمة الثلث سواء . وقوله (ومن أوصى لأقاربه) يعني تصرف إلى اثنين فصاعدا الأقرب فالأقرب من كل ذى رحم محرم من جهة الأب أو الأم غير الوالدين والولد إذا لم يكونوا وارثين عند أبي حنيفة . وقوله (وفائدة الخلاف تظهر في آل أبي طالب) يعني أن الموصى إذا كان علويا فعلى القول الأول أقصى الأب على فلا يدخل

(قوله لأن الصهر في اللغة يجمى بمعنى الختن أيضا) أقول : بدليل قولهم :

لكل أبي بنت إذا ما تعرضت ثلاثة أصهار إذا عدد الصهر

فأولهم خدر وثانهم امرؤ وثالثهم قبر وخيرهم القبر

اه من شرح الزيادات للعتابي (قوله فصاعدا الأقرب فالأقرب) أقول : يعني يقدم الأقرب فالأقرب . وبالجملة فيه شرائط : الأول أن يكون اثنين فصاعدا . والثاني كونه قريبا . والثالث كونه من ذى رحم محرم . والرابع كونه من جهة الآباء والأم . والخامس كونه غير الوالدين والولد . والسادس عدم كونه وارثا (قال المصنف : وقال صاحباه : الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام) أقول :

لابغيره ، ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع على تركه . فعنده يقيد بما ذكرناه . وعندهما بأقصى الأب في الإسلام ، وعند الشافعي بالأب الأدنى . قال (وإذا أوصى لأقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه) عنده اعتبارا للأقرب كما في الإرث ، وعندهما بينهم أرباعا إذا هما لا يعتبران الأقرب (ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين) لأنه لا بد من اعتبار معنى الجميع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما إذا أوصى الذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية : لأن اللفظ للفرد فيحزوز الواحد كلها إذ هو الأقرب . ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه ، ولو ترك عما وعمه وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي أقوى ، والعمة وإن لم تكن واردة فهي مستحقة للوصية كما لو كان

بحث ، وهو أنه إن أراد أن الوصية أخت الميراث في جميع الأحكام فهو ممنوع ، كيف وقد مر في الكتاب أنه يجوز أن يوصى المسلم للكافر والكافر للمسلم بلا خلاف ولا توارث بينهما لاختلاف الدينين على ما تقرر في محله ، وكذا قد مر فيه أنه تجوز الوصية للقاتل عند إجازة الورثة إياها على ما تقرر في محله عند أبي حنيفة ومحمد . ولا يجوز الميراث للقاتل عند أحمد ولو أجازته الورثة كما صرحوا به ، وكذا مر فيه أنفا في مسألة الإيصاء لأنه أنه يستوى فيه الحر والعبد والأقرب والأبعد ، ولا ميراث للعبد أصلا ، ولا يستوى في الميراث الأقرب والأبعد على ما تقرر ، وإن أراد أن الوصية أخت الميراث في بعض الأحكام فهو مسلم لكنه لا يفيد المطلوب ، إذ الخصم لا يسلم كون ما نحن فيه من ذلك القبيل بل هو أول المسئلة . ثم إن أبا حنيفة رحمه الله لم يعتبر الأخوة بين الوصية والميراث في مسئلتنا هذه أيضا من جهات متعددة حيث قال فيها باستواء الحر والعبد والذكر والأنثى والمسلم والكافر ، كما قال به صاحباه على ما نص عليه الإمام الزيلعي في التبيين حيث قال : ويستوى الحر والعبد والمسلم والكافر والصغير والكبير والذكر والأنثى على المذهبين اهـ . وقد أفصح عنه في الكافي وغيره أيضا . ولا ميراث للعبد والكافر أصلا فضلا عن

في الوصية أولاد عقيل وجعفر . وعلى القول الثاني أقصى الأب أبو طالب لأنه أدرك الإسلام وإن لم يسلم فيدخل فيه أولاد عقيل وجعفر ، وبقيّة كلامه واضح إلى قوله ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع على تركه وهو جواب عن قولهم إن القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به وبين كونه متروكا بالإجماع بقوله (فإن عنده) أي عند أبي حنيفة (يقيد بما ذكرناه) من الأقرب فالأقرب بالقيود الستة التي ذكرناها (وعندهما بأقصى أب له في الإسلام . وعند الشافعي بالأب الأدنى) وما كان متروكا بالإجماع لا يصح الاستدلال به لاعتالة . وقوله (وإذا أوصى لأقاربه وله عمان وخالان) يعني وله ولد يحزوز ميراثه فالثلث لعميه ، وهذا إلى آخره تفصيل ما أجمله من القيود على مذهب أبي حنيفة . وقوله (لأنه لا بد من اعتباره معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية) يعني لو كان العم اثنين كان لكل واحد منهما النصف فكذا إذا انفرد كان له النصف أيضا . واعتراض بأن في هذا جعل عدم المزاحم بمنزلة المزاحم حيث قال : إذا كان معه عم آخر كان له النصف ، فكذا إذا لم يكن معه عم آخر . وحينئذ كان لقاتل أن يقول : إذا كان عم واحد كان له الثلث ، لأنه إذا كان معه عمان كان له الثلث ، فكذا إذا لم يكن معه غيره ، وعلى هذا يقال : يجب له الربع أو الخمس عند انفراده على تقدير أن يكون معه ثلاثة أعمام أو أربعة أعمام وهلم جرا . وأجيب بأن ذلك غير لازم ، لأن اعتبار المجموع كلها ساقط لتعذر ، فتعين أدنى ما يستعمل فيه وهو الاثنان لتيقنه ، والعم الواحد نصف الاثنين فيكون له نصف ما لهما ، وإذا أخذ العم النصف صار كأن لم يكن فيكون الباقي من الثلث للخالين وفي قولهما الثلث بينهم أثلاثا . وقوله (لما بيناه) أراد به قوله لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان الخ . وقوله (وهي أقوى) أي قرابة العمومة أقوى من قرابة الخثولة . وقوله (والعمة وإن لم تكن واردة) جواب عما يقال العمة لا تستحق العصوبة ويقدم العم على

قال في الكافي : يستوى فيه الأقرب والأبعد والواحد والجمع والكافر والمسلم انتهى . وهذا الكلام لمحمد يخالف ما قاله إذا أوصى رجل لأمهات أولاده بالثلث والفقراء والمساكين حيث اعتبر فيه معنى الجمعية ولم يعتبر هنا .

القريب رقيقاً أو كافراً ، وكذا إذا أوصى للزوى قرابته أو لأقربائه أو لأنسابه في جميع ما ذكرنا ، لأن كل ذلك لفظ جمع ، ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لأنها مقيدة بهذا الوصف . قال : ومن أوصى لأهل فلان فهي على زوجته عند أبي حنيفة ، وقال : يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتباراً للعرف وهو مؤيد بالنص ، قال الله تعالى - واثنوني بأهلكم أجمعين - وله أن اسم الأهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى - وسار بأهله - ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا : والمطلق ينصرف إلى الحقيقة . قال : ولو أوصى لآل فلان فهو لأهل بيته لأن آل القبيلة التي ينسب إليها ، ولو أوصى لأهل بيت فلان يدخل فيه أبوه وجده لأن الأب أصل البيت . ولو أوصى لأهل نسبه أو لجنسه فالنسب عبارة عن ينسب إليه ، والنسب يكون من جهة الآباء . وجنسه أهل بيت أبيه دون أمه لأن الإنسان يتجنس بأبيه ، بخلاف قرابته حيث تكون من جانب الأم والأب ، ولو أوصى لأيتام بنى فلان أو لعميانهم أو لزمناهم أو لأراملهم إن كانوا قوماً يحصون دخل في الوصية فقراؤهم وأغنياؤهم

التساوى مع الحر والمسلم . وأما الأثني فلتمها وإن ورثت إلا أنها لا تستوى مع الذكر في الاستحقاق البتة ، فلم يعتبر الأخوة بين الوصية والميراث في هاتيك الأمور في مسئلتنا هذه أيضاً : فكيف يتم الاستدلال على مدعى أبي حنيفة هاهنا بأن الوصية أخت الميراث فيعتبر فيها ما يعتبر فيه ، ولعل صاحب البدائع تفتن له فلم يتعرض في الاستدلال على قول أبي حنيفة في هذه المسئلة لحديث الأخوة بين الوصية والميراث ، بل استدلل عليه بوجه آخر ذكره وفصله كما لا يخفى على الناظر في كتابه ذلك (قوله وله أن اسم الأهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى - وسار بأهله - ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا ، والمطلق ينصرف إلى الحقيقة) أقول : في الاستشهاد بقوله تعالى - وسار بأهله - نظر ، لأنه إنما يدل على أن لفظ الأهل يطلق على الزوجة بطريق الحقيقة . ولا

الأحوال بسببها فلم تكن قرابتها أقرب . ووجهه أنها مستحقة للوصية ومساوية للعلم في الدرجة ، وعدم استحقاقها العصبية وصف قام بها وهو الأنوثة لا يخبر بها عن مساواتها العلم في استحقاق هذه للوصية كالعالم الرقيق أو الكافر لما أن حرمان الميراث لو وصف قام به للضعف في القرابة . وقوله (لأنسابه) الأنساب جمع النسيب وهو القريب كالأنساب في جمع النصيب . وقوله (في جميع ما ذكرنا) يعني من القيود المذكورة على قول أبي حنيفة خلافاً لما . قال (ومن أوصى لأهل فلان فهي على زوجته) الوصية لأهل فلان تنصرف إلى الزوجة عند أبي حنيفة وإلى كل من يضم نفقة فلان من الأحرار عندهما اعتباراً للعرف المؤيد بقوله تعالى - واثنوني بأهلكم أجمعين - فإنه ليس المراد به الزوج خاصة ، وكذا قوله تعالى - فنجيناها وأهلها إلا امرأتها - وله أن الأهل في الزوجة حقيقة يشهد بذلك قوله تعالى - وسار بأهله - فلا يصار إلى غيرها مع إمكان العمل بها . قيل في الاستدلال بهذه الآية نظر ، لأنه خاطب بلفظ الجمع بقوله - امكثوا والمرأة لا تخاطب بذلك . والجواب أنه لم ينقل أنه كان معه أحد من أقاربه أو أقاربها ممن ضمنهم نفقته ، فإن كان معه من الأرقاء أحد لم يدخل فيه بالاتفاق . على أن الحقائق لا يستدل عليها لأن طريق معرفتها السماع كما عرف في الأصول . وإنما استشهد بالآية تأنيساً . فإن ثبت أن ما في الآية ليس على معنى الحقيقة لاينافي مطلوبه كالأيات التي استدلت بها ، وقوله فلان تأهل ببلدة كذا هو المسموع الدال على الحقيقة لتبادر الفهم إليه . وقوله (لأن الإنسان يتجنس بأبيه) فإن إبراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من جنس قريش ، وأولاد الخلفاء صلحوا للخلافة وإن كان أكثرهم من الإماء ، فعلم أنهم يدخلون في هذا اللفظ دون عشيرة الأم . وقوله (ولو أوصى لأيتام فلان) اليتيم اسم

(قوله قيل في الاستدلال) أقول : القائل هو الإتقاني (قوله على أن الحقائق لا يستدل عليها) أقول : إن أراد أنه لا يستدل عليها بالقياس فسلم ، ولكن ليس الاستدلال عليها بالآية الكبرية كذلك ، بل هو من قبيل السماع ، وإن أراد مطلقاً فغير مسلم (قوله كالأيات التي استدلت بها) أقول : منها ما ذكره في الكتاب ، ومنها - فنجيناها وأهلها إلا امرأتها - ومنها - ووهبنا له أهله ومثلهم معهم - كذا قال الإتقاني ، وقال : ولم يرد في هذه المواضع الزوجة خاصة فتعمل على الكل ، إلا أن المالكي لا يدخلون لأنهم عدم الأهل تبع لهم (قوله اليتيم اسم

ذكورهم وإنائهم ، لأنه أمكن تحقيق التملك في حقهم والوصية تملك . وإن كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم ، لأن المقصود من الوصية القرية وهي في سد الخلة ورد الجوعة . وهذه الأسماء تشعر بتحقيق الحاجة فجاء حملها على الفقراء ، بخلاف ما إذا وصى لشبان بنى فلان وهم لا يحصون أو لأيا بنى فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية ، لأنه ليس في اللفظ ما ينبي عن الحاجة فلا يمكن صرفه إلى الفقراء . ولا يمكن تصحيحه تملكاً في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف إليهم . وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتباراً لمعنى الجمع ، وأقله اثنان في الوصايا على ما مر .

يدل على أنه لا يطلق على غيرها أيضاً بطريق الحقيقة ، إذ لا يلزم من أن يراد بلفظ في موضع فرد مخصوص من أفراد معناه أن لا يجوز إطلاق ذلك اللفظ بطريق الحقيقة على فرد آخر من أفراد ذلك المعنى ؛ ألا يرى أنك إذا قلت رأيت إنساناً يفعل كذا وأردت بالإنسان هناك فرداً مخصوصاً من أفراد لا يلزم منه أن لا يطلق لفظ الإنسان بطريق الحقيقة على فرد آخر من أفراد في موضع آخر ، فإذا لا يثبت تلك الآية المطلوب أبي حنيفة هنا وهو اختصاص الوصية لأهل فلان بزوجه ، بل يجوز أن تناول غيرها أيضاً كما قال صاحباه . واعترض عليه صاحب الغاية بوجه آخر حيث قال : وقول صاحب الهداية وغيره

لمن مات أبوه قبل الحلم . قال صلى الله عليه وسلم « لا يتم بعد احتلام » والعميان والزمنى معروفة ، والأرمل هو الذي لا يقدر على شيء رجلاً كان أو امرأة ، من أرمل إذا افتقر من الرمل كأدفع من الدقعاء وهي التراب ، ومن الناس من قال : الأرمل في النساء خاصة ، والمختار عند المصنف هو الأول حيث قال : ذكورهم وإنائهم وهو اختيار الشعبي . فإذا وصى لهؤلاء : فلما أن يكونوا قوماً يحصون أولاً ، فإن كان الأول ، وحد الإحصاء عند أبي يوسف أن لا يحتاج في الإحصاء إلى كتاب ولا حساب . فإن احتج إلى ذلك فهم لا يحصون . وقال محمد : إذا كانوا أكثر من مائة فإنهم لا يحصون وهو الأيسر . وقال بعضهم : هو مفقوض إلى رأى القاضي دخل في الوصية فقرائهم وأغنيائهم ذكورهم وإنائهم ، لأن الوصية تملك وتحقيق التملك فيهم ممكن . وإن كان الثاني فالوصية للفقراء منهم لما ذكره في الكتاب ، وهو واضح . وقوله (بخلاف ما إذا وصى لشبان بنى فلان وهم لا يحصون ، أو لأيا بنى فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية) فيه إشارة إلى أنهم إذا كانوا يحصون كان الحكم كما تقدم في دخول الغنى والفقر وهل يدخل الذكر والأنثى في الأياى دخوله في الأرامل أولاً ؟ قال الكرخي . يدخل لأن الأيم هي التي لا زوج لها بكر كانت أو ثيباً أو يقال رجل أيم أيضاً . وقال محمد : الأيم هي الثيب خاصة ، وقول المصنف محتمل ، والظاهر دخوله لأنه تركه اعتماداً على ذكره في الأرامل ، ولما بطلت الوصية في الشبان والأياى لأنه ليس في اللفظ ما يدل على الفقير حتى يصرف إلى الفقراء ، ولا يمكن تصحيحه تملكاً في حق الكل للجهالة الفاحشة وتعذر الصرف إليهم لكثرتهم فبطلت . قال محمد : الغلام ما كان له أقل من خمسة عشر ، والفتى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك . والكهل إذا بلغ أربعين فزاد عليه ، وما بين

لمن مات أبوه قبل الحلم) أقول : قوله قبل ظرف لاسم ، والظاهر أنه من باب التنازع . قال الكاكي : اليتيم صغير لأب له . وفي الجائع الكبير لشمس الأئمة : فإن قيل : أليس أن الكفار يسمون رسول الله صلى الله عليه وسلم يتيم أبي طالب . قلنا : هذا لطف من الله تعالى له عليه الصلاة والسلام ، فإنهم كانوا يسمون اليتيم وهو ليس بيتيم ، فلا يتناولهم سهم كما يسبون مذمماً وهو ليس كذلك ، بل كان محمداً عليه الصلاة والسلام انتهى (قوله والأرمل هو الذي لا يقدر على شيء رجلاً كان أو امرأة) أقول : في المحيط : الأرامل كل امرأة فقيرة بلغت فارقتها زوجها أو مات عنها ، دخل بها أو لم يدخل . وقول محمد حجة ، وهكذا قال صاحب الزاهر : إن الأرملة هي التي لا زوج لها ، مأخوذ من قولهم أرمل القوم : إذا فنى زادهم ، والذكر يسمى أرملًا مجازاً أخلاقاً للشعبي وابن قتيبة . قال صاحب الزاهر : لا يقال رجل أرمل إلا في الشفوذ . ومحقق الكاكي : قيل في الشاذل المفقوض من الناس . لا على الشاذل النادر انتهى (قوله والمختار عند المصنف هو الأول حيث قال ذكورهم وإنائهم) أقول : في دلالة ذلك على أنه لا بد من جمع . فإن الظاهر أن كلامه على التوزيع بناء على عدم الالتباس ، وانظر إلى الكافي (قوله وقال بعضهم : هو مفقوض إلى رأى القاضي) أقول : وعليه الفتوى (قوله دخل في الوصية فقرائهم) أقول : هذا جواب إن كان الأول (قال المصنف : وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين) أقول : يخالف لما سبق في باب الوصية بثلاث المال

ولو أوصى لبني فلان يدخل فيهم الإناث في قول أبي حنيفة أول قوله وهو قوله لأن جمع الذكور يتناول الإناث ، ثم رجع وقال : يتناول الذكور خاصة لأن حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للإناث تجوز والكلام لحقيقته ، بخلاف ما إذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو فخذ حيث يتناول الذكور والإناث لأنه ليس يراد بها أعيانهم إذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالة وحلفاؤهم . قال (ومن أوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والأنثى فيه سواء) لأن اسم الولد ينظم الكل انتظاما واحدا .

في الاحتجاج لأبي حنيفة بقوله تعالى - وسار بأهله - فيه نظر ، لأنه لم يرد في الآية الزوجة خاصة ، لأنه تعالى قال - فلما قضى موسى الأجل وسار بأهله آنس من جانب الطور نارا قال لأهله امكثوا - ألا يرى أنه خاطبهم بخطاب الجمع اه . وأجاب عنه صاحب العناية حيث قال بعد نقله : والجواب أنه لم ينقل أنه كان معه أحد من أقاربه أو أقاربها ممن ضمنهم نفقته ، فإن كان معه الأرقاء لم يدخل فيه أحد بالاتفاق اه . أقول : لا ينبغي على ذي فطرة سليمة أن هذا كلام خال عن التحصيل في دفع نظر صاحب الغاية ، فإن حاصل نظره القدح في الاحتجاج لأبي حنيفة بقوله تعالى - وسار بأهله - بناء على أن ما وقع في سياقه من خطاب الأهل بلفظ الجمع بأي كرون المراد بالأهل هناك الزوجة خاصة لا الاستدلال على قول صاحبيه بتلك الآية حتى يتم ما ذكره صاحب العناية جوابا عنه تأمل تفهم . فالأظهر في تعليل قول أبي حنيفة هنا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال : ولأبي حنيفة أن

خمسین إلى ستین إلى أن يغلب الشيب فحينئذ يكون شيخا . وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتبارا بمعنى الجمع ، وأقله اثنان في الوصايا على ما مر ، وقوله (ولو أوصى لبني فلان) يعني إذا أوصى لبني فلان فلا يخلو إما أن يريد مفهومه الإضافي أو يكون اسم قبيلة أو فخذ ، فإن كان الأول لم يدخل فيه الإناث عند أبي حنيفة رجع إليه ، وكان يقول أولا يدخل وهو قولهما ، والخلاف عند الاختلاط ، أما إذا كانت الإناث منفردات فلا تدخل بالاتفاق . وجه قولهما أن جمع الذكور يتناول الإناث وقد عرف في موضعه . وجه قوله الآخر أن حقيقة هذا الاسم وانتظامه للإناث تجوز ولا يصار إليه عند إمكان العمل بالحقيقة وإن كان الثاني يتناول ، لأن المراد به مجرد الانتساب لبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالة وحلفاؤهم يقسم الوصى بين من يقدر عليهم من فقرائهم . قال (ومن أوصى لولد فلان) ومن أوصى لولد فلان إما أن يكون أبا خاصا أو فخذ ، فإن كان الأول فالوصية تناولت الأولاد دون أولادهم الذكر والأنثى عند الانفراد والاختلاط سواء ، لأن اسم الولد يتناول الصلبي كله انتظاما واحدا بطريق الحقيقة وولد الولد مجازا لا يصار إليه عند إمكان العمل بها ، فإن لم يكن له ولد من الصلب يدخل الأولاد وأولاد الأبناء رواية واحدة ، وفي أولاد البنات روايتان ، هذا ظاهر الرواية . وروى الحسن عن أبي حنيفة أن الوصية لولد فلان تناول الولد وولد الولد ، فهم ذلك من قوله تعالى - يوصيكم الله في أولادكم - قال القدوري : والصحيح أنهم لا يدخلون وذكر فيه الحقيقة والحجاز كما ذكرنا . وإن كان الثاني يدخلون وإن كان الصلبي قائما ، لأن فلانا إذا كان فخذ فبنوه وبناته لا تخلو عن الأولاد عادة فتكون مرادة فتدخل ، بخلاف ما إذا كان أبا خاصا فإن بنيه

فيما إذا أوصى لأمهات أولاده وللفقراء والمساكين ، إلا أن يكون هذا قول محمد . ثم رأيت في غاية البيان أن المسئلة مختلف فيها ، وأن هذا قول محمد والحمد لله تعالى (قوله ولو أوصى لبني فلان يدخل فيهم الإناث في قول أبي حنيفة أول قوله وهو قولهما) أقول : وفي الكافي يخالف لما في الكتاب ففيه : ولو أوصى لبني فلان فهو للذكور لا غير عند أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة آخر اعتبارا للحقيقة . وقال محمد : يدخل فيه الإناث وهو قول أبي حنيفة أولا اه فلعل فيه روايتين (قوله فهم ذلك من قوله تعالى - يوصيكم الله في أولادكم -) أقول : أي يورثكم ، فإن ولد الابن يدخل في الميراث مع البنت الصلبية . والجواب أنه دخل في الميراث مع البنت بدليل آخر ، كذا في معراج الدراية . وعندى أن الفهم بطريق آخر ، فإنه إذا لم يكن للميت صبي وكان له ابن ابن وبنت ابن مثلا يكون المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين بهذه الآية ، فعمل أن الأولاد يتناول أولاد الأولاد ، لأن فلانا إذا كان فخذ فبنوه وبناته لا تخلو عن الأولاد عادة . أقول : فيه بحث ، فإن الخلو وعدم الخلو لا يدخل له في كون أولاد الأولاد مرادة إذا كانت معنى مجازيا للأولاد إلا إذا قامت قرينة على إيرادها

(ومن أوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين) لأنه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بأن قصده التفضيل كما في الميراث . ومن أوصى لمواليه وله مآل أعنتهم وموال أعنتوه فالوصية باطلة . وقال الشافعي في بعض كتبه : إن الوصية لهم جميعا ، وذكر في موضع آخر أنه يوقف حتى يصلحوا . له أن الاسم يتناولهم لأن كلا منهم يسمى مولى فصار كالإخوة . ولنا أن الجهة مختلفة لأن أحدهما يسمى مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينظمهما لفظ واحد في موضع الإثبات ، بخلاف ما إذا حلف لا يكلم مولى فلان حيث يتناول الأعلى والأسفل لأنه مقام النفي ولا تنافي فيه ، ويدخل في هذه الوصية من أعنته في الصحة والمرض . ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله .

الأهل عند الإطلاق يراد به الزوجة في متعارف الناس ، يقال فلان متأهل وفلان لم يتأهل وفلان له أهل وفلان ليس له أهل ، ويراد به الزوجة فتحمل الوصية على ذلك اه تبصر تقف (قوله ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده ، لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت ، والوصية تضاف إلى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله) أقول : له في التعليل كلام ، لأن مقتضى قوله لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت أن لا تجوز الوصية لأحد من هؤلاء أصلا ، إذ يلزم حينئذ أن يكونوا أرقاء في حالة تضاف الوصية إليها وهى حالة الموت ، فإن المفروض كون ثبوت عتقهم بعد الموت وكون إضافة الوصية إلى حالة الموت والوصية للرفيق بشيء غير رقبته لا تجوز كما نصوا عليه . وقد مر في الكتاب أن الوصية لأمهات الأولاد بثلث ماله جائزة ، ولا يمكن أن تتعلق تلك الوصية برقبته لأن الوصية بالرقبة إعتاق والوصية لها لا تحتمل أن تكون إعتاقا لأنها تعتق بموت مولاه وإن لم تكن ثمة وصية أصلا كما حققه الشراح هناك . فكان بين تلك المسئلة وبين هذا التعليل تدافع . ويمكن أن يقال : جواب تلك المسئلة على موجب الاستحسان كما ذكره هناك ، وهذا التعليل على موجب القياس . ووجه الاستحسان

وبناته قد تخلو عن الأولاد فلا تكون مرادة . وقوله (ومن أوصى لورثة فلان) واضح . وقوله (ومن أوصى لمواليه) مبناه على جواز عموم المشترك وعدم جوازه ، والشافعي يميز ذلك فأجاز هذا ، وأصحابنا ما جوزوه وكذلك هذا ، والمروى عن الشافعي رواية عن أبي حنيفة ، لكن لأعلى جواز عموم المشترك بل على أن لفظ المولى يطلق على الأعلى والأسفل متواطئ كالإخوة على بنى الأعمام وبنى العلات وبنى الأخياف . وليس بظاهرا لأن معنى الإخوة في الجميع واحد وهو اشتغال صلب الأب أو الرحم عليهم : ومعنى المولى ليس كذلك . فإن معنى الأعلى منعم ومعنى الأسفل منعم عليه ، فكان في أحدهما بمعنى الفاعل وفي الآخر بمعنى المفعول ، وإليه أشار بقوله إن الجهة مختلفة . وقوله (في موضع الإثبات) احتراز عن صورة النفي كما ذكر في الكتاب وهو اختيار شمس الأئمة وعامة أصحابنا ، على أن لا عموم للمشارك لا في النفي ولا في الإثبات . وأجابوا عن مسألة الحلف بترك الكلام مع المولى مطلقا ليس لوقوعه في النفي بل الحامل على اليمين بغضه وهو غير مختلف فيصير بذلك المعنى كالشيء وقد قررناه في التقرير مستوفى بعون الله وتأنيده . فإن قيل : سلمنا أن لفظ المولى مشترك لكن حكمه التوقف فكيف قال فالوصية باطلة ؟ أجيب بأن الكلام فيما إذا مات الموصى قبل البيان والتوقف في مثله لا يفيد . فإن قيل : الترجيح من جهة أخرى ممكن وهو أن تصرف الوصية إلى المولى الذى أعنته لأن شكر المنعم واجب . وأما فضل الإنعام في حق المنعم عليه فنندوب ، والصرف إلى الواجب أولى منه إلى المندوب . كما هو المروى عن أبي يوسف بهذا المعنى . أجيب بأنها معارضة بجهة أخرى ، وهو أن العرف

أيضا . والظاهر أن يقال : إذا كان فلان فكذا يكون المراد مجرد الانسحاب إليه فيدخل الكل ، بخلاف ما إذا كان أبا خاصا فليشمل (قوله فيصير بذلك المعنى كالشيء وقد قررناه في التقرير) أقول : قال في التقرير : يتناول الموجودات المختلفة باعتبار معنى واحد انتهى . ثم قال : كذا في أصول شمس الأئمة ، وفيه نظر لأنه يفرض إلى جواز إرادتهما فيما يصح الجمع بينهما ، ولنا نقول به إلا إذا جعل معنى كلامه أن الكلام متروك بدلالة اليمين إلى مجاز يعهما وهو أن يكون المولى من تعلق به عتق ، وهذا المعنى بعمومه يتناول الأعلى والأسفل انتهى ما في التفرع .

وعن أبي يوسف أنهم يدخلون لأن سبب الاستحقاق لازم. ويدخل فيه عبد قال له مولاه إن لم أضربك فأنت حر لأن العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه، ولو كان له موال وأولاده موال وموالى موالاة يدخل فيها معتقوه وأولادهم دون موالى الموالاة. وعن أبي يوسف أنهم يدخلون أيضا والكل شركاء لأن الاسم يتناولهم على السواء. ومحمد يقول : الجهة مختلفة في المعتق الإنعام. وفي الموالى عقد الالتزام والإعتاق لازم فكان الاسم له أحق ، ولا يدخل فيهم موالى الموالى لأنهم موالى غيره حقيقة ، بخلاف مواليه وأولادهم لأنهم ينسبون إليه بإعتاق وجد

الذى ذكرناه هناك غير متمش هاهنا كما يعرف بالتأمل الصادق فلا يصار إليه هاهنا (قوله وعن أبي يوسف أنهم يدخلون أيضا والكل شركاء ، لأن الاسم يتناولهم على السواء) قال بعض المتأخرين : قلت : لا يخفى أن تناول الاسم للأعلى والأسفل بطريق التواطؤ ليس بأبعد من كون هذا التناول كذلك ، فالعجب أن أبا يوسف جوز هذا دون ذاك اه . أقول : إن أبا يوسف جوز ذلك أيضا في رواية عنه كما صرح به صاحب الكافي هناك حيث قال : وقال الشافعي : الوصية لهم جميعا ، وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وهو قول زفر لأن الاسم يتناولهم اه . وصرح به صاحب معراج الدراية أيضا هناك حيث قال : وروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف أن الوصية لهم جميعا وهو قول زفر وأحمد والشافعي في قول اه . وما ذكره المصنف في هذه المسئلة رواية أيضا عن أبي يوسف لا قوله مطلقا كما يشير إليه قول المصنف. وعن أبي يوسف حيث ذكره بكلمة عن ولم يقل وقال أبو يوسف ، ويرشد إليه أيضا أن شمس الأئمة ذكر هذه المسئلة في شرح الجامع الكبير ولم يذكر الاختلاف فيها . بل ذكر فيها القياس والاستحسان ، فقال في القياس يدخلون ، وفي الاستحسان لا يدخلون ، كما ذكر تفصيله في النهاية ومعراج الدراية : فالعجب من ذلك البعض أنه لم يطلع على رواية تجوز أبي يوسف تناول الاسم للكل في المسئلتين معا مع كونها مذكورة في الكتب المشهورة المتداولة ، فتعجب أنه جوز التناول للكل في هذه المسئلة دون الأولى ومفاسد قلة التدبير والتبع مما يضيق عن الإحاطة به

جار بوصية ثلث المال للفقراء ، والغالب في المولى الأسفل الفقير . وفي الأعلى الغني . والمعروف عرفا كالمشروط شرطا كما هو المروى عن أبي يوسف بهذا المعنى . ولو أوصى لمواليه وليس له المولى الأعلى فالوصية جائزة . ويدخل فيها المعتق في حال الصحة والمرض ، ولا يدخل مديروه وأمهاة أولاده لأن عتقه لا يثبت بعد الموت ، لأن المتوقف على الشيء لا بالعلية يعقبه وجودا ، والوصية تضاف إلى حالة الموت لأنها أخت الميراث والميراث كذلك ، فلا بد من تحقيق اسم المولى قبل الموت ولم يوجد فيها (وعن أبي يوسف أنهم يدخلون) لأن سبب استحقاق الولاء وهو التدبير والاستيلاء (لازم) أى ثابت مستقر ، والأصح الأول لأنهم لا ينسبون إليه بالولاء بنفس الاستحقاق بل بالإحياء الحاصل بالعتق ، وذلك إنما يكون بعد الموت (ويدخل فيه) أى في هذا الإيصاء : يعنى بالإجماع عبد قال له مولاه وهو واضح . ولو أوصى لمواليه وله موال وأولاد الموالى وموالى الموالاة دخل معتقوه وهو ظاهر ، وأولادهم لأن نسبهم إليه بالولاء للمعتق الذى باشر فى آبائهم ، والفروع أجزاء الأصول فكان الإطلاق حقيقة فيهم كما في أصولهم ، ولهذا لا يصح نفي اسم المولى عنهم . بخلاف ما تقدم من بنى فلان وأولادهم لأن النفي عن الفروع صحيح حيث يجوز أن يقال ليسوا ببنى فلان وإنما هم بنو بنيه . وعن أبي يوسف أنهم : يعنى موالى الموالاة يدخلون أيضا لما ذكره في الكتاب وهو واضح. وقوله (والإعتاق لازم) جواب عما يقال : لما كانت الجهة مختلفة وجب بطلان الوصية كالمولى الأعلى والأسفل . وجهه أن المشترك لا يعمل به إلا إذا لم تكن قرينة على أحد المعنيين وهاهنا قرينة تعين أحدهما ، وهو أن ولأه الإعتاق بمنزلة النسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته ، ولأه الموالاة ضعيف مختلف فيه بين العلماء ، وسببه عقد يحتمل الفسخ فلا تتحقق الزامه بينهما ، ولو لم يكن له إلا موالى موالاة كان الثلث لهم لأن الحقيقة إذا لم تتمكن وجب العمل بالمجاز

(قوله وهو أن ولأه الإعتاق بمنزلة النسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته وولأه الموالاة الخ) أقول : فيه بحث (قوله لأن الحقيقة إذا لم تتمكن وجب العمل بالمجاز) أقول : مخالف لما ذكره أنفا من القول الاشتراك إلا أن يبنى على التسليم والتزل .

منه . وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالى لأن اللفظ لم يحجاز فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة . ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والحجاز . ولا يدخل فيه موال أعتقهم ابنه أو أبوه لأنهم ليسوا بمواليه لاحتمال ولا محازا . وإنما يحرز ميراثهم بالعصوبة .

نطاق البيان (قوله وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالى . لأن اللفظ لم يحجاز فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة) قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام : وبخلاف ما إذا لم يكن له موال : أى موالى العتاقة ولا أولاد الموالى : أى ولا أولاد موالى العتاقة يعنى حينئذ الثلث لموالى الموالاة . وقال فى الجامع الكبير : وإن لم يكن له إلا موالى الموالاة كان الثلث لهم لأن الأحق إذا لم يوجد وجب العمل بما دونته انتهى ، وافق أثره صاحب العناية . أقول : ليس هذا بشرح صحيح ، إذ لو كان مراد المصنف ذلك لما صح تعليقه بقوله لأن اللفظ لم يحجاز فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة ، فإن لفظ المولى مشترك بين المعتق وبين مولى الموالاة كما يدل عليه قول المصنف آتفا ، ومحمد يقول : الجهة مختلفة ، فى المعتق الإنعام وفى المولى عقد الالتزام ، وقد صرح الشراح قاطبة بأشترأكه بينهما وبينوا مراد المصنف هناك على وفق ذلك ، فلو كان مراد المصنف هاهنا ماذهب إليه صاحبها النهاية والعناية لما صح قوله فى التعليل لأن اللفظ لم يحجاز ، إذ لاشك أن اللفظ المشترك حقيقة فى كل واحد من معنياه أو معانيه ، والصواب أن مراد المصنف هاهنا هو أنه إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالى فالثلث لموالى الموالى فحينئذ يرتبط قوله وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالى بما قبله أشد ارتباطا ، وينظم تعليقه بقوله لأن اللفظ لم يحجاز الخ انتظاما تاما كما لا يخفى . وقد صرح فى الكافي بعين ما قلنا عند تقرير هذه المسئلة . وفى غاية البيان أيضا عند شرح كلام المصنف هنا . وكأن صاحب النهاية إنما اغترى بما نقله عن الجامع الكبير ، فإن المذكور فيه موالى الموالاة دون موالى الموالى ، لكن التعليل المذكور هناك وهو قوله لأن الأحق إذا لم يوجد وجب العمل بما دونته مطابق للمسئلة غير آب عنها ، فإنه لا ينافى الاشتراك لجواز أن يكون أحد معنئ المشترك أحق بالإرادة من الآخر لأمر مرجح ، وإن كان اللفظ حقيقة فى كل واحد منهما كما أشار إليه المصنف فيما مر بقوله والإعتاق لازم فكان الاسم نه أحق ، بخلاف تعليل المصنف هنا على تقدير أن يراد بالمسئلة ما ذكر فى الجامع الكبير كما توهمه صاحب النهاية وتبعه صاحب العناية فإنه لا يطابق المسئلة حينئذ بل ياباه جدا كما بيناه آتفا (قوله ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والحجاز) أقول : لقائل أن يقول : لم لا يصار هاهنا إلى عموم الحجاز صيانة لكلام العاقل عن الإلقاء فى حق النصف ، والمصير إلى عموم الحجاز مخلص معروف فى دفع الجمع بين الحقيقة والحجاز . وطريقه هاهنا أن يحمل الموالى على من كان للموصى منخل فى عتقه أعم من أن يكون بطريق المباشرة كما فى معتق نفسه أو بطريق التسبيب كما فى معتق معتقه فليتأمل ، والله أعلم .

صونا الكلام العاقل عن الإلغاء ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والحجاز) وحكم ولد المعتق حكم المعتق لما ذكرنا أن اسم الموالى لأولاد الموالى حقيقة . وقوله (ولا يدخل فيه) أى فيما إذا أوصى لمواليه (موال أعتقهم) هكذا وقع فى النسخ ولكن الصواب أن يقال : موال أعتقهم أبوه أو ابنه لأن التعليل يطابق ذلك دون المذكور فى الكتاب ، وهذا لأن الحقيقة هو أن يباشر إعتاق مملوك فيصير به مولى عنه ، والحجاز أن يتسبب لذلك بإعتاق مملوك فيعتق ذلك المعتق مملوكا ولم يوجد فى حق موالى الأب والابن فعل الإعتاق ولا تسببيه ، فقلنا : إنهم لا يدخلون فى هذه الإضافة ، وهذا المعنى كما ترى لا يستقيم على ما وقع فى النسخ ، لأن الذين أعتقهم موال له حقيقة . وقوله (وإنما يحرز ميراثهم بالعصوبة) جواب

(قال المصنف : ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والحجاز) أقول : لم لا يجوز أن يراد المعنى العام لكليهما بقريئة صيغة الجمع وانحصار المعتق فى الواحد . وجوابه أن الانحصار وقت الوصية لا يمنع صيغة الجمع فى معناها بناء على تجوز أن يوجد له معتق آخر حين الموت .

بخلاف معتق البعض لأنه ينسب إليه بالولاء ، والله أعلم بالصواب .

(باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة)

قال (وتجاوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجاوز بذلك أبدا) لأن المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببذل وغير بدل . فكذا بعد الممات لحاجته كما في الأعيان . ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ماكه كما يستوفى الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف ، وتجاوز مؤقتا وبدا كما في العارية فإنها تمليك على أصلنا . بخلاف الميراث لأنه خلافة فيما يتركه المورث وذلك

(باب الوصية بالمنافع)

لما فرغ من بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالأعيان شرع في بيان الوصايا المتعلقة بالمنافع ، وأختر هذا الباب لما أن المنافع بعد الأعيان وجودا فأخترها عنها وضعا ، كذا في الشروح . أقول : فيه شيء ، وهو أن هذا إنما يتم في حق الوصية بالسكنى والوصية بالخدمة دون الوصية بالثمرة ، لأن الثمرة من قبيل الأعيان . والباب يشمل الأقسام الثلاثة كلها عنوانا وأحكاما فلا يتم التقريب ،

عما روى عن أبي يوسف أن موالى أبيه تدخل إذا مات أبوه وورث ولأهم لأنهم مواله محكما ولهذا يجرز ميراثهم . ووجه ذلك أن إحراره الميراث ما كان لكونهم موال له ، لكن الشرع أقام عصبية المعتق مقام المعتق في حق الميراث لأن الولاء كالنسب لايورث ، نص عليه صاحب الشرع قال « الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث » وهو نص صريح في عدم الانتقال فكان بطريق العصبية . وقوله (بخلاف معتق البعض) قال في النهاية : هكذا وقع في النسخ وليس بصواب . والصواب أن يقول بخلاف معتق المعتق كما هو المذكور في الإيضاح ، لأنه ثبت بهذا الفرق بين موال المولى وبين موال أعتقهم أبوه أو ابنه على ما ذكرنا من النسخة الصحيحة فيه أيضا . وذلك إنما يستقيم إذا كان بخلاف معتق المعتق ، وأما معتق البعض فعند أبي حنيفة لم ينسب إليه بالولاء بعد لأنه بمنزلة المكاتب ، والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة . وعندهما إن نسب إليه إنما ينسب إليه بالولاء حقيقة فلا يحتاج إلى ذكره . وذكر بعض الشارحين أن النسخة في قوله ولا يدخل فيه موال أعتقهم بإثبات لفظة ابنه ، وهاهنا بخلاف معتق البعض فجعله مرتبطا بقوله ولا يدخل فيه موال أعتقهم ابنه ، ومعناه فإن معتق البعض يدخل تحت الوصية للمولى لأنه مولاه حقيقة . بخلاف موالى الأم لأنهم ليسوا مواليه أصلا ، ولكن ينبغي أن يكون هذا على مذهبهما ، لأن معتق البعض كالمكاتب ، والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند تمام الكتابة ، وهذا فيه تصحيح نسخة الكتاب في الموضعين وإن كان فيه بعد من حيث الإيراد على مذهبهما خاصة ، والله أعلم .

(باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة)

لما فرغ من أحكام الوصايا المتعلقة بالأعيان شرع في بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالمنافع ، وأختر هذا الباب لما أن المنافع بعد الأعيان وجودا فأخترها عنها وضعا . قال (وتجاوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره) كلامه واضح ، ويفيد الموافقة بين الوصية والعارية في كون كل منهما تمليك المنافع بغير عوض والمباينة بينهما وبين الإرث ، لأن الوصية تعتمد التملك والمنافع تقبل ذلك للحاجة حالة الحياة (فكذا بعد الممات) لأن الموت لا يزيلها والإرث خلافة (فيما يتركه المورث) وذلك

(قوله لأنه ثبت بهذا الفرق) أقول : قوله الفرق فاعل يثبت (قوله وذكر بعض الشارحين) أقول : أراد الإتقاني (قوله لأن معتق البعض كالمكاتب) أقول : الظاهر أن يقال : لأن معتق البعض عند أبي حنيفة كالمكاتب .

(باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة)

في عين تبتى والمنفعة عرض لا يبتى ، وكذا الوصية بغلة العبد والدار لأنه بدل المنفعة فأخذ حكمها والمعنى يشملهما . قال (فإن خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم إليه ليعلمه) لأن حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة (وإن كان لآمال له غيره خدّم الورثة يومين والموصى له يوما) لأن حقه في الثلث وحقوقهم في الثلثين كما في الوصية في العين ولا تمكن قسمة العبد أجزاء لأنه لا يتجزأ فصرنا إلى المهايأة إيفاء للحقين ، بخلاف الوصية بسكنى الدار إذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار ثلاثا للانتفاع لأنه يمكن القسمة بالأجزاء وهو أعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا ، وفي المهايأة تقديم أحدهما زمانا . ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان تجوز أيضا لأن الحق لهم . إلا أن الأول وهو الأعدل أولى . وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار . وعن أبي يوسف رحمه الله أن لهم ذلك لأنه خالص . لكنهم . وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث . وكذا له حق المزاومة فيما في أيديهم إذا خرب ما في يده .

وإن صير إلى التوجيه ببناء الكلام على الأكثر يبتى تأخير الوصية بالثمة خاليا عن بيان النكته كما لا يفتى (قوله إلا أن الأول وهو الأعدل أولى) قال بعض المتأخرين : فيه أن المفروض كون المهايأة باختيارهم ، فالتأخر يسقط حقه فلا تبتى الأولوية إلا بإلزام الحاكم حتى يكون أولى انتهى . أقول : ليس هذا بسديد . لأن إسقاط المتأخر حقه لا يلزم أن يكون بطيب خاطره ، بل يجوز أن يكون مع الكراهة لأمر يدعو إليه ، فكيف يساوى هذا استيفاء حقه كمالا كما في الأول . ثم إن سلم كون إسقاط حقه عن طيب خاطره البتة فهو لا يقتضى إلا انتفاء الظلم له وتحقق العدل في الجملة وذلك لا ينافي كون الأول أعدل منه للتسوية بينهم ذاتا وزمانا . ولاشك أن الأعدل أولى (قوله وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث) أقول : فيه بحث . أما أولا فلأنه منقوض بما إذا أوصى لرجل بعين داره ولم يكن له مال غيرها فاقسمها الموصى له مع الورثة على الثلث والثلثين فإن للورثة هناك أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي تلك الدار بلا خلاف مع جريان هذا الدليل هناك أيضا ، بأن يقال : إن حق الموصى له ثابت في عين جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث . وأما ثانيا فلأنه إن كان حق الموصى له ثابتا في سكنى جميع الدار بمجرد احتمال ظهور مال آخر للميت وخروج الدار من الثلث فإما أن يكون حق الورثة أيضا ثابتا في سكنى جميع تلك الدار أولا ، فإن كان الأول يلزم أن يثبت في سكنى جميع الدار

في عين تبتى والمنفعة عرض لا يبتى (وإذا جازت الوصية بمنفعة العبد جازت بغلته لأنها بدلها فأخذت حكمها) والمعنى (وهو الحاجة يشملهما) يعنى المنفعة والغلة . وقوله (فإن خرجت رقبة العبد) فيه تفصيل وهو أنه إذا أوصى بخدمة عبده لشخص فإما أن قال أبدا أو جعل ذلك زمانا ، فإن كان الأول وخرجت رقبة العبد من الثلث أو لم تخرج ولكن أجازت الورثة التسليم إليه يسلم إليه ليعلمه وإن لم تجزه الورثة خدّم الورثة يومين والموصى له يوما إلى أن يموت ، وإن كان الثاني فإما أن عين سنة مثل أن يقول سنة ست وسبعين وسبعمئة أو لم يعين : فإن عين ومضت تلك المدة قبل موت الموصى بطلت الوصية ، وإن مات الموصى بعد مضى البعض من تلك السنة أو مات قبل مضيتها . فإن كان العبد يخرج من الثلث أو أجازت الورثة فإنه يسلم العبد إلى الموصى له حتى يستوفى وصيته ، وإن كان لا يخرج ولم تجز الورثة بخدّم الموصى له يوما والورثة يومين حتى تمضي السنة التي عينها ثم يسلمه إلى ورثة ، وإن لم يعين فإن كان العبد يخرج من ثلث المال أو لا يخرج وأجازت الورثة يسلم العبد إلى الموصى له ليستخدمه سنة كاملة ثم يردّه إلى الورثة . وإن لم يخرج ولم تجز الورثة بخدّم الموصى له يوما والورثة يومين إلى ثلاث سنين ثم يردّه إلى الورثة ، وهذا

(قال المصنف : وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر) أقول : قال الكاكي : ويعتبر هذا الاحتمال لأنه نشأ من دليل وهو إيصاء الميت بكل منافع الدار مع علمه أن الإيصاء بالزيادة على الثلث حرام شرعا ، فلو لم يكن له مال سوى

والبيع يتضمن إبطال ذلك فمنعوا عنه . قال (فإن كان مات الموصى له عاد إلى الورثة) لأن الموصى أوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه . فلو انتقل إلى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصى من غير مرضاته وذلك لا يجوز (ولو مات الموصى له في حياة الموصى بطلت) لأن إيجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل . ولو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمه بنفسه أو سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لأن قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود . والأصح أنه لا يجوز لأن الغلة دراهم أو دينارين وقد وجبت الوصية بها . وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة ، فإنه لو ظهر دين يمكنهم أدائه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها . وليس للموصى له بالخدمة والسكنى أن يؤاجر العبد أو الدار . وقال الشافعي : له ذلك لأنه بالوصية ملك المنفعة فيملك تملكها من غيره ببدل أو غير بدل لأنها كالأعيان عنده ، بخلاف العارية لأنها إباحة على أصاله وليس بتملك . ولنا أن الوصية تملك بغير بدل مضاف إلى ما بعد الموت فلا يملك تملكه ببدل اعتبارا بالإعارة فإنها تملك بغير بدل في حالة الحياة على أصلنا ، ولا يملك المستعير الإجارة لأنها تملك ببدل ، كذا هذا . وتحقيقه أن التملك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ، ولا يملك الأقوى بالأضعف والأكثر بالأقل ، والوصية تبرع غير لازم إلا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع ، أما هو في وضعه فغير لازم ، ولأن المنفعة ليست بمال على أصلنا وفي تملكها بالمال إحداث صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة ،

الواحدة في حالة واحدة حقوق أشخاص ، واللازم باطل لاستحالة أن يسكن أشخاص متعددة على حدة في جميع محل واحد في زمان واحد لاستلزامه تداخل الأجسام وظهور بطلان تعلق الحق بأمر حال ، وإن كان الثاني يلزم أن لا يقسم عين الدار بين الموصى له والورثة أثلاثا للانقطاع ، وأن لا يقسم الدار بينهم مهايأة من حيث الزمان أثلاثا لثبوت حق الموصى له في سكنى جميع

الحكم على خلاف ما إذا أوصى بغلة عبده سنة فإن له ثلث غلة تلك السنة على ما سذكره . قال (فإن كان مات الموصى له عاد إلى الورثة) إذا مات الموصى له عاد الموصى به إلى ورثة الموصى (لأن الموصى أوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه : فلو انتقل الحكم إلى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصى) لما تقدم أن الميراث خلافة فيما يملكه المورث ، وذلك في عين ثبوت والمنفعة عرض لا يثبت ، لكن يجوز أن يستحقها لذلك لأنه لم يرض به ، واستحقاق الملك من غير مرضاة المالك لا يجوز ولو مات الموصى له في حياة الموصى بطلت (الوصية) لأن إيجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل (أى مرضاة المالك لا يجوز) بيان الفرق بين جواز الإقرار وبطلان الوصية بقوله بخلاف الوصية لأنها لإيجاب عند الموت (ولو أوصى بغلة عبده أو داره) فاستخدم العبد الموصى بغلته الموصى له بنفسه أو سكن الدار الموصى بغلته بنفسه . اختلف المشايخ في ذلك على ما ذكره في الكتاب وهو واضح . وقوله (وليس للموصى له بالخدمة أن يؤجر العبد والدار) واضح سوى ألفاظ نذكرها (قوله اعتبارا بالإعارة فإنها تملك بغير بدل) قد تقدم في باب العارية ، وفي الحقيقة هذا المعنى راجع إلى الأصل المقرر وهو أن الشيء لا يتضمن ما فوقه . وقوله (إلا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره) جواب عما يقال الوصية وإن كانت غير لازمة ابتداء لكنها تصير لازمة بعد الموت لعدم قبولها الرجوع حينئذ . ووجه ذلك أن الاعتبار للموضوعات الأصلية والوصية في وضعها غير لازمة ، وانقطاع الرجوع بموت الموصى من العوارض فلا معتبر به . وقوله (ولأن المنفعة) دليل آخر .

هذه الدار لم يوص بجميع منافعها احترازا عن المحرم شرعا . وفيه تأمل (قوله فاستخدم العبد الموصى بغلته الموصى له) أقول : قوله الموصى له فاعل استخدم (قال المصنف : وقيل يجوز ذلك لأن قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود) أقول : لا يخفى أن الأنسب للمقام كان

فإنما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعاً للملك الرقبة، أو لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملوكاً لها بالصفة التي تملكها، أما إذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملوكاً أكثر مما تملكه معنى وهذا لا يجوز، وليس للموصي له أن يخرج العبد من الكوفة إلا أن يكون الموصي له وأهله في غير الكوفة فيخرجه إلى أهله للخدمة هنالك إذا كان يخرج من الثلث، لأن الوصية إنما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي، فإذا كانوا في مصره فمقصوده أن يتمكن من خدمته فيه بدون أن يلزمه مشقة السفر، وإذا كانوا في غيره فمقصوده أن يحمل العبد إلى أهله ليعدهم. ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره يجوز أيضاً لأنه بدل المنفعة فأخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به. كيف وأنه عين حقيقة لأنه دراهم أو دنائير فكان بالجواز أولى. ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لأنه عين مال يحتمل القسمة بالأجزاء. فلو أراد الموصي له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك إلا في رواية عن أبي يوسف فإنه يقول: الموصي له شريك الوارث وللشريك ذلك، فكذلك للموصي له: إلا أنا نقول: المطالبة بالقسمة تبتنى على ثبوت الحق للموصي له فيما يلاقيه القسمة إذ هو المطالب. ولا حق له في عين الدار. وإنما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار، ولو أوصى له بخدمة عبده ولاخر برقبته وهو يخرج من اثلاث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عاينها لصاحب الخدمة، لأنه أوجب لكل واحد منهما شيئاً معلوماً عطفاً منه لأحدهما على الآخر فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد.

الدار وعدم ثبوت حق الورثة في ذلك على الفرض. مع أن المسئلة خلاف ذلك كما مر آنفاً في الكتاب (قوله فإنما تثبت هذه الولاية لمن تملكها تبعاً للملك الرقبة أو لمن تملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملوكاً لها بالصفة التي تملكها) قال في العناية: واعترض عليه بإجارة الحر نفسه فإنه لا يملك منفعته تبعاً للملك رقبته ولا بعقد المعاوضة، ويجوز أن يملكها ببذل. وأجيب بأن كلام المصنف في الوصية فإرادته بالمنفعة منفعة تجوز الوصية بها ومنفعة الحر ليست كذلك فلا يكون إرادته عليه اهـ. أقول: الجواب منطوريه، لأن كون كلام المصنف في الوصية لا يقتضي كون مراده بالمنفعة المذكورة في مقدمات دليله منفعة تجوز الوصية بها،

وقوله (وهذا لا يجوز) يعني بناء على ما قال، ولا يملك الأقوى بالأضعف وهو ظاهر. واعترض عليه بإجارة الحر نفسه فإنه لا يملك منفعته تبعاً للملك رقبته ولا بعقد المعاوضة ويجوز له أن يملكها ببذل. وأجيب بأن كلام المصنف في الوصية، فإرادته بالمنفعة منفعة تجوز الوصية بها، ومنفعة الحر ليست كذلك فلا يكون إرادته عليه. وقوله (إذا كان يخرج من الثلث) احتراز عما إذا لم يخرج فإنه ليس له الإخراج إلى أهله إلا بإجارة الورثة. وقوله (وإذا كانوا في غيره) أي في غير مصر الموصي. وقوله (ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره) قد علم جوازه فيما تقدم من طريقين ولعله ذكره تمهيداً لقوله (ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة) يعني إذا لم تجز الورثة كانت الوصية بغلة عبده سنة، وتذكير الضمائر إما بتأويل المال أو نظراً إلى الخبر. وقوله (لأنه عين مال يحتمل القسمة بالأجزاء) وكل ما هو كذلك تعلق الوصية بثلثه إن لم يخرج من الثلث، وفيه إشارة إلى الفرق بينها وبين الخدمة، فإن العبد لما لم يحتمل القسمة بالأجزاء صرنا إلى قسمة استيفاء الخدمة بطريق المهابأة إلى ما يستوفي خدمته سنة كاملة كما مر ذكره. وقوله (ولو أراد الموصي له قسمة الدار) ظاهر إلى قوله (عطفاً منه لأحدهما على الآخر) ومعنى ذلك أنه عطف قوله والآخر برقبته على قوله أوصى له بخدمة عبده (فتعتبر هذه الحالة) يريد حالة العطف (بحالة الانفراد) أي بحالة

أن يقول: لأن عين المنافع كقيمتها، لكنه قلب تنبيهاً على قوة المعنى وجوازها بطريق الأولى فليتأمل (قوله وتذكير الضمائر إما بتأويل المال أو نظراً إلى الخبر) أقول: يعني من الخبر قوله بدل المنفعة (قال المصنف: لأنه أوجب لكل واحد منهما شيئاً معلوماً عطفاً منه) أقول: أي من محمد أو من الموصي: فإنه عطف قوله والآخر برقبته بالواو على قوله أوصى له بخدمة عبده، كذا في شرح الكافي، والأقرب عندي هو الثاني (قوله ومعنى ذلك أنه عطف الخ) أقول: يعني أن محمداً عطف الخ.

ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة ، فلم يوص في الرقبة بشيء ولصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له ، فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر ، إذ الوصية أخت الميراث من حيث أن المالك يثبت فيهما بعد الموت . ولها نظائر ، وهو ما إذا أوصى بأمة لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث ، أو أوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه ، أو قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما أوصى ، ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها ، أما إذا فصل أحد الإيجابين عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند أبي يوسف . وعلى قول محمد الأمة للموصى له بها والولد بينهما نصفان ، وكذلك في أخواتها . لأبي يوسف أن يوجبها في الكلام الثاني تبين أن مراده من الكلام الأول إيجاب الأمة للموصى له بها دون الولد . وهذا البيان منه صحيح وإن كان مفصولا لأن الوصية لا تنلزم شيئا في حال حياة الموصى فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء

فإن مقدمات الدليل لا يلزم أن تكون مساوية للمدعى ، بل لا بد من كلية الكبرى إذا كان إنتاج الدليل بطريق الشكل الأول وها هنا كذلك . إذ حاصل هذا الدليل أن الخدمة والسكنى من قبيل المنافع والمنافع ليست بمال على أصلنا ، وما ليس بمال في تملكه بالمال إحداث صفة المالية فيه تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة ، وما في تملكه إحداث صفة المالية فيه لا تثبت الولاية عليه بهذه الصفة إلا لمن تملكه تبعا لملك الرقبة أو لمن تملكه بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها ولا يكون مملكا أكثر مما تملكه فإنه لا يجوز شرعا ، ولا يذهب على ذي مسكة أن ماعدا الصغرى من المقدمات المذكورة مع اقتضاء الأدلة الشرعية كلية كل واحدة منها في نفسها لا مجال لتقييد شيء منها بما يخرج به منفعة الحر لوقوعها في محل الكبرى من الشكل الأول تبصر (قوله ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة الخ) قال صاحب العناية : وقوله لما صحت الوصية لصاحب الخدمة كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد : يعنى لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة والخدمة للموصى له من غير اشتراك فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر تكون الرقبة له والخدمة للموصى له بها ، إذ الوصية أخت الميراث من حيث أن المالك فيهما يثبت بعد الموت اهـ . أقول : إن قوله السابق كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد ليس بسديد . والحق أن يقال : كالبيان والتفسير لما قبله من اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد ، لأن قول المصنف ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة الخ ، وكذا ما ذكره الشارح المزبور بقوله يعنى لو كانت الوصية بالخدمة الخ إنما يفيد أن بيان اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد لا يبين حالة

انفراد إحدى الوصيتين عن الأخرى فلا تتحقق المشاركة بينهما فيما أوجب لكل واحد منهما . وقوله (ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة) كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد : يعنى لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة (والخدمة للموصى له) من غير اشتراك (فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر) تكون الرقبة له والخدمة للموصى له بها (إذ الوصية أخت الميراث من حيث أن المالك فيهما يثبت بعد الموت) ثم العبد الموصى بخدمته لشخص وبرقبته لآخر إما أن يكون أدرك خد الخدمة أولا ، فإن كان الثاني فنفتته على الموصى له بالرقبة إلى أن يدرك الخدمة ، لأن بالإتفاق عليه تنمو العين وذلك منفعة لصاحب الرقبة ، فإذا أدرك الخدمة صار كالكبير ، والنفقة في الكبير على من له الخدمة لأنه إنما يتمكن من استخدامه بالإتفاق عليه ، إذ العبد لا يقوى على الخدمة إلا به ، وإن أتي الإتفاق عليه رده إلى من له الرقبة كالمستعير مع المعير ، وإن جنى جناية فالقضاء على من له الخدمة لأن يتمكن من الاستخدام بالتطهير عن الجناية فيجب عليه التطهير . وقوله (ولها) أى لهذه المسئلة (نظائر) وقد ذكرها في الكتاب واضحة . وقوله (ولا شيء لصاحب الظرف) وهو الأمة والخاتم والقوصرة (في المظروف) يعنى الولد والفص والتمر (في هذه المسائل كلها) أما إذا كان أحد الإيجابين موصولا بالآخر فالإتفاق ، وأما إذا

(قال المصنف : وكذلك في أخواتها) أقول : والصواب في اختيارها هو الخاتم مع الفص والقوصرة مع التمر ، كذا في شرح الكاكي . قال الإتقاني : أراد بأخواتها مسئلة الخاتم مع الفص ، ومسئلة القوصرة مع التمر ، ومسئلة الشاة مع الصوف ، ومسئلة الدار مع البناء ، ومسئلة السيف والخلية والبستان والتمر الموجود مثل ذلك ، والأرض والنخل مثل ذلك ، وكل شيء يشبه هذا بما يكون الاسم في الوصية عاما ،

كما في وصية الرقبة والخدمة . ولمحمد أن اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص . وكذلك اسم الجارية يتناولها وما في بطنها . واسم القوصرة كذلك ، ومن أصلنا أن العام الذي موجه ثبوت الحكم على سبيل الإحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان وكل منهما وصية بإيجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين . ولا يكون إيجاب الوصية فيه للثاني رجوعاً عن الأول . كما إذا أوصى للثاني بالخاتم . بخلاف الخدمة مع الرقبة لأن اسم الرقبة لا يتناول الخدمة وإنما يستخدمه الموصي له بحكم أن المنفعة حصت على ماكه . فإذا أوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصي له فيه حق . بخلاف ما إذا كان الكلام موصولاً لأن ذلك دليل التخصيص والاستثناء . فتبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص . قال (ومن أوصى لآخر بشمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها . وإن قال له ثمرة بستانى أبداً فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش . وإن أوصى

الانفراد وحدها كما لا يخفى على من له أدنى مسكة) قوله ولمحمد أن اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص ، وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها) قلت : ليس المراد بتناول اسم الخاتم للفص ويتناول اسم الجارية لما في بطنها تناولهما لهما لفظاً وأصالة ، وإلا يلزم أن يخالف هذا مامر في مسألة صحة الوصية بجارية إلا حملها من أن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً ولكنه يستحق بالإطلاق تبعاً ، فإذا أفرد الأم بالوصية صح إفراؤها . ويلزم أن يخالف أيضاً مامر في كتاب الإقرار من أن الفص لا يدخل في الخاتم لفظاً بل تبعاً ، ولهذا لو أقر بخاتم لرجل واستثنى فسه لنفسه لم يصح الاستثناء ويكون الحلقة والفص جميعاً للمقر له لأن الاستثناء تصرف في الملقوظ . بل إنما المراد هاهنا بتناول اسم الخاتم للفص واسم الجارية لما في بطنها تناولهما تبعاً عند الإطلاق فترفع المخالفة كما توهمها البعض (قوله ومن أصلنا أن العام الذي موجه ثبوت الحكم على سبيل الإحاطة بمنزلة الخاص) أقول : لا مجال للعموم في الألفاظ المذكورة في هاتيك المسائل . لأن الحلقة والفص بالنظر إلى اسم الخاتم . وكذا الجارية وما في بطنها بالنظر إلى اسم الجارية ، وكذا القوصرة وما فيها بالنظر إلى اسم القوصرة بمنزلة الأجزاء للدولات هذه الأسماء لاجزئيات معانيها ، إذ لا يصدق معنى الخاتم على الفص وحده ، ولا معنى الجارية على ما في بطنها وحده ، ولا معنى القوصرة على ما في القوصرة من مثل الثمر وحده . على أن الكلام في وصية خاتم بعينه وجارية بعينها وقوصرة بعينها وكل من هؤلاء جزئ خاص فكيف يتصور فيها العموم . فقولنا ومن أصلنا أن العام بمنزلة الخاص بمنزلة اللغو هاهنا كما لا يخفى (قوله بخلاف ما إذا كان الكلام موصولاً لأن ذلك دليل التخصيص أو الاستثناء فتبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص . أقول : فيه شيء ، وهو أنه

كان أحدهما منفصلاً عن الآخر فكذلك عند أبي يوسف بخلافاً لمحمد . وقوله (كما في وصية الرقبة والخدمة) فإن الموصول والمفصول فيهما في الحكم سواء ، وتأخير تعليل محمد والجواب عما استدلل به أبو يوسف في الكتاب والمبسوط دليل على أن المعول على قول محمد . قال (ومن أوصى لآخر بشمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة) المسائل المتعلقة بالاعتصار على الموجود من الموصي به والتعدي إلى ما يحدث على وجوه ثلاثة : في وجه يقع على الموجود والحادث ماعاش الموصي له ذكر الأبد أو لم يذكر ، كالوصية بغلة بستانه أو أرضه أو سكنى داره أو خدمة عبده فإن العرف فيها جار على الأبد ، ويعتبر خروجه من الثلث . وفي وجه يقع على الموجود دون الحادث ذكر الأبد أو لم يذكره . كالوصية بالصوف على ظهر الغنم والولد في بطن جاريته والبن في الصرع لأن المعدوم من هذه الأشياء لا يستحق به بوجه مآل . وفي وجه أن ذكر الأبد يقع على الموجود والحادث

فالوصية الثانية بمنزلة الاستثناء ، كذا قال الكرخي في مختصره ، إلى هنا كلام الإقناعي (قال المصنف : وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها) أقول : هنا نوع مخالفة لما أسلف في الوصية بجارية إلا حملها فراجع متأملاً (قال المصنف : واسم القوصرة كذلك) أقول : فكان كل منها كالعام الذي الخ ، ولا ينبغي أن يظن أن تلك الأسماء عموميات ، فإنه ليس كذلك كما لا يخفى (قوله ذكر الأبد أو لم يذكر) أقول : يعني أطلق ولم يذكر قيداً .

له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل) والفرق أن الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعلوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد لأنه لا يتأبد إلا بتناول المعلوم والمعلوم مذكور وإن لم يكن شيئا ، أما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفا ، يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره ، فإذا أطلقت يتناولهما عرفا غير موقوف على دلالة أخرى . أما الثمرة إذا أطلقت لا يراد بها إلا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف إلى دليل زائد . قال (ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضرعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصى سواء قال أبدا أو لم يقل) لأنه إيجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ ، وهذا بخلاف ما تقدم . والفرق أن القياس بأي تملك المعلوم لأنه لا يقبل الملك ، إلا أن في الثمرة والغلة المعلومه جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والإجارة ، فاقضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الأولى لأن بابها أوسع . أما الولد المعلوم وأخته فلا يجوز إيراد العقد عليها أصلا ، ولا تستحق بعقد مآ ، فكذلك لا يدخل تحت الوصية ، بخلاف الموجود منها لأنه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبالعقد الخلع مقصودا ، فكذلك بالوصية ، والله أعلم بالصواب .

قد تقرر في كتاب الإقرار أن استثناء الفص من الخاتم غير صحيح لكون الاستثناء تصرفا لفظيا غير عامل فيما يتناوله الاسم لفظا كالقصر في الخاتم والنخلة في البستان والبناء في الدار . فامعنى قوله أو الاستثناء في قوله لأن ذلك دليل التخصيص أو الاستثناء (قوله ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله ما في بطنها من الولد وما في ضرعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصى سواء قال أبدا أو لم يقل) أقول : في تحرير هذه المسئلة بهذا الوجه سباجة ، فإن الإطلاق المستفاد من قوله في ذيلها سواء قال أبدا أو لم يقل لا يناسب تقييد صدرها بقوله أبدا حيث قال ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا ، فالأولى ما ذكر في الكافي حيث ترك فيه قيد أبدا في صدر المسئلة ، أو ما ذكر في البداية حيث ترك فيها قوله في ذيلها سواء قال أبدا أو لم يقل تدبر (قوله لأنه إيجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ) أقول : لا يخفى على الفطن أن هذا التعليل ينتقض بما تقدم من مسئلتى الثمرة والغلة ، فإن الإيصاء إيجاب بعد الموت في كل الصور مع أنه يقع فيما تقدم على القائم يومئذ وعلى الحادث بعده أيضا بذكر قيد الأبد في الثمرة وبدون ذكره أيضا في الغلة . نعم كأن المصنف قصد تدارك ذلك بقوله هذا بخلاف ما تقدم الخ إلا أن هذا التعليل هاهنا ببق خاليا عن الفائدة ، وإنما يحصل وجه هذه المسئلة مما ذكره في الفرق آتى (قوله إلا أن في الثمرة والغلة المعلومه جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والإجارة فاقضى ذلك جوازه في الوصية لطريق الأولى) قال بعض المتأخرين : يرد عليه أن لنا أصلا آخر ، وهو أن الثابت بخلاف القياس مقصور على مورده ، ولا اس عليه غيره فكيف ألحقت به اه . أقول : لا ورود لما توهمه بل هو ساقط جدا ، فإن مبناه أن يكون إلحاق الوصية بالثمره

كالوصية بثمره بستانه وإن لم يذكره . فإن كانت الثمرة موجودة قبل الموت تناولها . وإلا فالقياس أن تبطل الوصية . وفي الاستحسان يقع على الحادث إلى أن يموت الموصى له . وجه القياس أن الثمرة في الوجود حقيقة وليست بموجودة فتبطل . ووجه الاستحسان حمله على الحجاز عند انتفاء الحقيقة صوتا لكلام الموصى عن الإلغاء ، والمصنف حمل الفرق بين الثمرة والغلة على العرف فيهما ، ثم السقي والخراج وما فيه صلاح البستان على صاحب الغلة لأنه هو المنتفع بالبستان فصار كالمنفعة في فصل الخدمة . وقوله (ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا) إلى آخر الباب واضح ، والله در المصنف ما أجزل تركيبه وأحسن ترتيبه لا يرى معنى من المعاني يحتاج إلى تقرير إلا وتركيبه أوفى تأدية له من غيره . وقوله (وبالعقد الخلع) صورته أن تقول المرأة لزوجها خالعتنى على ما في بطن جاريتى أو غنمى صبح وله ما في بطنها ، وإن لم يكن في البطن شيء فلا شيء له ، وما حدث بعد ذلك فللمرأة لأن ما في البطن قد يكون متقوما وقد لا يكون فلم يضره ، حتى لو قالت على حمل جاريتى وليس لها حمل ترد المهر .

(باب وصية الذى)

قال (وإذا صنع يهودى أو نصرانى بيعة أو كنيسة فى صحته ثم مات فهو ميراث) لأن هذا بمنزلة الوقف عند أبى حنيفة ، والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا . وأما عندهما فلأن هذه معصية فلا تصح عندهما . قال (ولو أوصى بذلك لقوم مسمين فهو الثلث) معناه إذا أوصى أن تبنى داره بيعة أو كنيسة فهو جائز من الثلث

والعلة بالمعاملة والإجارة بطريق القياس ، وليس كذلك بل هو بطريق دلالة النص عليه ، يرشد إليه قطعاً قول المصنف رحمه الله بالطريق الأولى ، وفى قوله فاقضى ذلك جوازه فى الوصية بالطريق الأولى لأن الأولوية إنما تنصوّر فى الدلالة دون القياس ، وكون الشيء ثابتاً بخلاف القياس إنما ينافى القياس عليه ، لأن من شرط القياس أن لا يكون المقيس عليه معدولاً عن سنن القياس دون الإلحاق به بطريق الدلالة ، وقد مرّ مراراً نظائر هذا فى الكتاب وشروحه فكيف خفى على ذلك البعض . ثم أقول : بقى لنا شيء فى ذكره المصنف رحمه الله ، وهو أن عقد المعاملة باطل غير مشروع عند أبى حنيفة كما تقرّر فى موضعه ، فقوله هاهنا جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة لا يتمشى على قول أبى حنيفة ، وإنما يتمشى على قول صاحبيه ، فإن عقد المعاملة مشروع عندهما ، والمسئلة التى نحن فيها مما اتفقوا عليه فكيف يبنى دليلها على ما اختلفوا فيه فتأمل .

(باب وصية الذى)

ذكر وصية الذى بعد وصية المسلم لأن الكفار ملحقون بالمسلمين فى أحكام المعاملات بطريق التبعية ، فذكر التابع بعد المتبوع كذا قالوا . أقول : أكثر ما ذكر فى هذا الباب ليس من قبيل المعاملات كما ترى ، فتغليب الأقل على الأكثر غير معقول ، والأظهر أن يقال : لما كان لبعض وصايا الكفار أحكام خاصة ذكر وصيتهم فى باب على حدة وأخبره لحساستهم (قوله وإذا صنع يهودى أو نصرانى بيعة أو كنيسة فى صحته ثم مات فهو ميراث) ، لأن هذا بمنزلة الوقف عند أبى حنيفة رحمه الله ، والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا . وأما عندهما فلأن هذه معصية فلا تصح عندهما (قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل : إذا صنع يهودى بيعة أو نصرانى كنيسة فى صحته ثم مات فهو ميراث بالاتفاق فيما بين أصحابنا على اختلاف التخريج ، أما عنده فلأن هذا بمنزلة الوقف عند أبى حنيفة رحمه الله إذا كان للمسلم ، فإن وقف المسلم فى حال الحياة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا أولى ، وأما عندهما فلأن هذه الوصية معصية فلا تصح ، إلى هنا لفظه . أقول : فيه خلل من وجوه : الأول أنه صرف البيعة إلى اليهودى والكنيسة إلى النصرانى ، وهو مخالف لما ذكره نفسه وسائر الشراح فى كتاب الجهاد من أن الكنيسة اسم لمعبد اليهود والنصارى وكذلك البيعة اسم لمعبدهم مطلقاً فى الأصل ، ثم غلب استعمال الكنيسة لمعبد اليهود والبيعة

(باب وصية الذى)

عقب وصية المسلم بوصية الذى لكون الكفار ملحقين بالمسلمين فى أحكام المعاملات (وإذا صنع يهودى بيعة أو نصرانى كنيسة فى صحته ثم مات فهو ميراث) بالاتفاق فيما بين أصحابنا على اختلاف الترجيح ، أما عنده فلأن هذا بمنزلة الوقف عند أبى حنيفة إذا كان للمسلم ، فإن وقف المسلم فى حالة الحياة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا أولى (وأما عندهما فلأن هذه الوصية معصية فلا تصح . ولو أوصى) بذلك أى لو أوصى بأن تعمل بيعة أو كنيسة لقوم معينين (فهو جائز من الثلث

(باب وصية الذى)

(قوله وإذا صنع يهودى بيعة أو نصرانى كنيسة) أقول : فيه نوع مخالفة لما أسلفه فى كتاب السير . والأولى أن يجعل من قبيل ألف والنشر الغير المرتب (قوله وأما عندهما فلأن هذه الوصية معصية فلا تصح) أقول : فيه بحث ، إذ لا وصية هنا ، والظاهر أن عبارة الوصية

لأن الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التملك ، وله ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين . قال (وإن أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند أبي حنيفة ، وقالوا : الوصية باطلة) لأن هذه معصية حقيقة وإن كان في معتقدهم قرابة ، والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية . ولأبي حنيفة أن هذه قرابة في معتقدهم ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون فتجاوز بناء على اعتقادهم ؛ ألا يرى أنه لو أوصى بما هو قرابة حقيقة معصية في معتقدهم لانتجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذلك عكسه .

لمبعد النصارى . وعبارة الكتاب هنا تحتل صرف البيعة إلى النصارى والكنيسة إلى اليهود بطريق اللف والنشر الغير المرتب . والثاني أنه قال : أما عنده وقال بعده فلأن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله ، وأضمر أبا حنيفة أولا وأظهره ثانيا ، وكان الأول مقام الإظهار والثاني مقام الإضمار ، بخلاف عبارة المصنف فإنها على الأصل السديد حيث قال : لأنها بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله ، والوقف عنده يورث فأظهر أبا حنيفة أولا وأضمره ثانيا . والثالث أنه خص كون الوقف موروثا عنده بالمسلم حيث قال : فإن وقف المسلم في حال الحياة موروث وبعد موته مع أن وقف الكافر أيضا موروث عنده بلا تفاوت ، بخلاف عبارة المصنف فإنها مطلقة حيث قال : والوقف عنده موروث بلا تخصيص بالمسلم . والرابع أنه قال : فلأن هذه الوصية معصية مع أنه لا وصية في مسئلتنا هذه ، فإن المذكور فيها صنع اليهودى أو النصرانى في حال حياته بدون إضافة شيء إلى ما بعد موته ، والوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت ، بخلاف قول المصنف فإن هذه معصية ، إذ المشار إليه بهذه في قوله المذكور هي الصنعة دون الوصية فلا غبار عليه (قوله لأن الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التملك ، وله ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين) قال في العناية وغاية البيان : وإذا صار ملكا للمسلمين صنعوا ما شاءوا اهـ . أقول : هذا على أصلهما ظاهر ، فإن الوصية بالمعصية باطلة عندهما وإن كانت في معتقدهم قرابة كما سيجىء ، فإذا بطلت حقيقة الوصية عندهما فيما نحن فيه لكون بناء البيعة والكنيسة معصية حقيقة وإن كان قرابة في معتقد الكفار لزهما المصير إلى ما في الوضعية من معنى الاستخلاف والتمليك تصحيحا لكلام العاقل مهما أمكن . وأما على أصل أبي حنيفة رحمه الله فغير ظاهر ، لأن كون الموصى به قرابة في معتقد الموصى كاف عنده في صحة الوصية كما سيجىء أيضا ، وفيما نحن فيه كذلك فينبغى أن تصح حقيقة الوصية عنده هنا كما تصح فيما إذا أوصى بذلك لقوم غير مسمين على ما سأتى بدون المصير إلى اعتبار معنى الاستخلاف والتمليك في تصحيحها . والحاصل أن الظاهر أن يكون تخريج هذه المسئلة على الاختلاف بين أبي حنيفة رحمه الله وصاحبيه وإن كان جوابها على الاتفاق بينهم كما في المسئلة السابقة ، وأسلوب تحرير ما في الكتاب وشروحه يشعر باتفاقهم في التخرج أيضا فليتأمل

لأن في الوصية معنى الاستخلاف والتمليك وللذى ولاية التملك (فأمكن تصحيحه) أى تصحيح إيصائه (على اعتبار المعنيين) يعنى الاستخلاف والتمليك فجعلناه من الثلث نظرا إلى الاستخلاف فجوزنا ذلك نظرا إلى التملك ، وإذا صار ملكا للمسمين صنعوا به ما شاءوا (وإن أوصى أن تجعل داره كنيسة لقوم غير مسمين) يعنى قوما غير محصورين (جازت الوصية عند أبي حنيفة ، وقالوا : هي باطلة لأن هذه) في الحقيقة (معصية وإن كان في معتقدهم قرابة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقريرها . ولأبي حنيفة) أن الاعتبار لمعتقدهم ، فإنهم لو أوصوا بالحج لم يعتبر وإن كان عبادة عندنا بلا خلاف ، فكذلك إذا أوصوا بما هو في معتقدهم عبادة صح وإن كان عندنا معصية ، لأننا أمرنا أن نتركهم وما يدينون . قالوا : هذا الخلاف إذا أوصى ببناء بيعة أو كنيسة في القرى ، فأما في المصر فلا يجوز بالاتفاق لأنهم لا يمكنون من إحداث ذلك في الأمصار ، وذكر الفرق بين بناء

مبهم من الناس ، والأصل أن هذه الصنعة . نعم لو قال : لأن الوصية بالمعصية لا تصح فهذا أولى كان صحيحا (قوله يعنى الاستخلاف والتمليك فجعلناه من الثلث نظرا إلى الاستخلاف) أقول : فيه نظر ، فإن الاعتبار من الثلث إنما هو لتعلق حق الورثة بما زاد عليه مما سبق ، ولهذا لو ملك في حياته حال المرض يعتبر من الثلث أيضا ؛ والأظهر أن النظر إلى المعنيين في التجوز . والصحيح كما يدل عليه عبارة المصنف ،

ثم الفرق لأبي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني . وإما يزول ملكه بأن يصير محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين . والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة فتبقى ملكا للباني فتورث عنه . ولأنهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرر لتعلق حق العباد به . وفي هذه الصورة يورث المسجد أيضا لعدم تحرره . بخلاف الوصية لأنه وضع لإزالة الملك إلا أنه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قرينة عندهم فبقى فيما هو قرينة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث . ثم الحاصل أن وصايا الذي على أربعة أقسام : منها أن تكون قرينة في معتقدهم ولا تكون قرينة في حقنا وهو ما ذكرناه . وما إذا أوصى الذي بأن تدبج خنازيره وتطعم المشركين . وهذه على الخلاف إذا كان لقوم غير مسلمين كما ذكرناه والوجه ما بيناه . ومنها إذا أوصى بما يكون قرينة في حقنا ولا يكون قرينة في معتقدهم . كما إذا أوصى بالحج أو بأن يبنى مسجد للمسلمين أو بأن يسرج في مساجد المسلمين ، فهذه الوصية باطلة بالإجماع اعتبارا لاعتقادهم . إلا إذا كان لقوم بأعيانهم لوقوعه تمليكاً لأنهم معلومون والجهة مشورة . ومنها إذا أوصى بما يكون قرينة في حقنا وفي حقهم ، كما إذا أوصى بأن يسرج في بيت المقدس أو يغزى الترك وهو من الروم ، وهذا جائز سواء كانت لقوم بأعيانهم أو بغير أعيانهم لأنه وصية بما هو قرينة حقيقة وفي معتقدهم أيضا . ومنها إذا أوصى بما لا يكون قرينة لا في حقنا ولا في حقهم ، كما إذا أوصى للامانيات والناثحات . فإن هذا غير جائز لأنه معصية في حقنا وفي حقهم . إلا أن يكون لقوم بأعيانهم فيصبح تمليكاً واستخلافاً ، وصاحب الهوى إن كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لأننا أمرنا ببناء الأحكام على الظاهر ، وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون

(قوله ثم الفرق لأبي حنيفة رحمه الله . إلى قوله : والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة) قال في العناية بل تحرر على معتقدهم . أقول : لقائل أن يقول : إن أصل أبي حنيفة رحمه الله أن كون الشيء قرينة في معتقدهم كاف بناء على أننا أمرنا بأن نتركهم وما يعتقدون . فالاعتبار عنده لاعتقادهم دون الحقيقة كما مر آنفاً . فلم لم يعتبر هنا كون الكنيسة أو البيعة محررة في معتقدهم حتى يزول ملك الباني عنها . فإن قلت : إنهم يبنون فيها الحجرات ويسكنون فلم تحرر لله تعالى لتعلق حق العباد بها . قلت : هذا مصير إلى التعليل الثاني الذي ذكره بقوله ولأنهم يبنون فيها الحجرات إلى آخره . والكلام في التعليل الأول فلا معنى للخط (قوله ولأنهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرر لله تعالى لتعلق حق العباد به) قال صاحب العناية : قوله ولأنهم يبنون فيها الحجرات دليل آخر على عدم التحرر لله تعالى اه . أقول : فيه نظر . لأن كون هذا دليلاً آخر على عدم

البيعة والكنيسة والوصية بذلك . وقوله (لم تصر محررة لله حقيقة) بل تحرر على معتقدهم (فتبقى ملكاً للباني فتورث عنه) وقوله (ولأنهم يبنون) دليل آخر على عدم التحرير لله تعالى . وقوله (بخلاف الوصية) متصل بقوله إن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني ، والضمير في قوله (لأنه وضع) وفي قوله (ثبوت مقتضاه) وقوله (فبقى على مقتضاه) كلها راجع إلى الوصية بتأويل الإيصاء . وحاصل معناه أن الوصية وضعت لإزالة الملك . إلا أن لفظها تقاعد عن إفادة معناه وهو زوال الملك فيما إذا أوصى بما ليس بقرينة في معتقدهم ، فأما إذا لاقت ما هو قرينة فيه عملت عملها . وقوله (ثم الحاصل أن وصايا الذي الخ) واضح (قوله وهو ما ذكرناه) يريد به الوصية ببناء البيعة أو الكنيسة . وقوله (كما ذكرناه) يعني من الخلاف في الوصية بالبيعة والكنيسة . وقوله (والوجه ما بيناه) أي من الجائنين ، وهو أن المعتبر عنده اعتقادهم ، وعندها أنه وصية بمعصية (قوله والجهة مشورة) يعني أن كلامه في صرف المسال الموصى به إلى استئداء المسجد وغيرها خرج منه على طريق المشورة لاعتبار طريق الإلزام

والاعتبار من الثلث يعلم ما أسلف (قوله والضمير في قوله لأنه وضع ، وفي قوله ثبوت مقتضاه ، وفي قوله فبقى على مقتضاه كلها راجع إلى الوصية)

على الخلاف المعروف في تصرفاته بين أبي حنيفة وصاحبيه . وفي المرتدة الأصح أنه تصح وصاياها لأنها تبقى على الردة ، بخلاف المرتد لأنه يقتل أو يسلم . قال (وإذا دخل الحربى دارنا بأمان فأوصى لمسلم أو ذمى بماله كله جاز) لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا تنفذ بإجازتهم ، وليس لورثته حق مرعى لكونهم في دار الحرب إذ هم أموات في حقنا . ولأن حرمة ماله باعتبار الأمان . والأمان كان لحقه لالحق ورثته . ولو كان أوصى بأقل من ذلك أخذت الوصية ويرد الباقي على ورثته وذلك من حق المستأمن أيضا . ولو أعتق عبده عند الموت أو دبر عبده في دار الإسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا . وكذلك لو أوصى له مسلم أو ذمى بوصية جاز لأنه مادام في دار الإسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمى ، ولهذا تصح عقود التمليكات منه في حال حياته ، ويصح تبرعه في حياته فكذا بعد مماته . وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يجوز لأنه مستأمن من أهل الحرب إذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه : ولا يمكن من زيادة المقام على السنة إلا بالجزية . ولو أوصى الذمى بأكثر من الثلث أو لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لأنهم التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات . ولو أوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالإرث إذ الكفر كله ملته

التحرر لله تعالى يقتضى سبق دليل أول عليه ، ولا يذهب على الناظر في كلام المصنف أنه لم يذكر فيه قبل هذا ما يكون دليلا عليه ، وإنما قال من قبل والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة ، وهذا دعوى بلا دليل . ثم أقول : الحق عندى أن قوله ولأنهم يبنون فيها الحجرات الخ دليل آخر على الفرق لأبي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية عطف بحسب المعنى على قوله إن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك البائى الخ ، كأنه قال : ثم الفرق لأبي حنيفة رحمه الله تعالى بينهما لأن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك البائى ، ولأنهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها الخ تبصر (قوله وفي المرتدة الأصح أنه تصح وصاياها لأنها تبقى على الردة ، بخلاف المرتد لأنه يقتل أو يسلم) قال صاحب النهاية : وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا ، وقال : قال بعضهم : إنها لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية ، والفرق بينها وبين الذمية

وقوله (على الخلاف المعروف في تصرفاته) يعنى أنها جائزة عندهما موقوفة عند أبي حنيفة إن أسلم نفذ كسائر تصرفاته وإلا فلا . وقوله (وفي المرتدة الأصح أنه تصح وصاياها لأنها تبقى على الردة) وصارت كالذمية . قال في النهاية : وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا ، وقال : قال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا يصح منها وصية . والفرق بينها وبين الذمية أن الذمية تقر على اعتقادها ، وأما المرتدة فلا تقر على اعتقادها ، والظاهر أنه لامتنافا بين كلاميه لأنه قال هناك الصحيح وهاهنا الأصح وهما يصدقان ، وقوله (وإذا دخل الحربى دارنا بأمان فأوصى لمستأمن أو ذمى بماله كله جاز) قيل هذا إذا لم تكن الورثة معه ، أما إذا كانت فلأنها تتوقف على إجازتهم ، وإلى هذا أشار بقوله (وليس لورثته حق شرعى لكونهم في دار الحرب) وقوله (وذلك في حق المستأمن أيضا) جواب عما يرد على قوله ورد الباقي على الورثة وهو أن يقال قد قلت : ليس لورثته حق شرعى لكونهم في دار الحرب ، فكيف يرد عليهم الباقي . ووجهه أن ذلك الرد على الورثة أيضا مراعاة لحق المستأمن ، لأن من حقه تسليم ماله إلى ورثته عند الفراغ من حاجته . والزيادة على مقدار ما أوصى به فارغ عن ذلك . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة الخ . وقوله (ولو أعتق عبده عند الموت الخ) ظاهر .

المناسب لكلمة كلها أن يقول بصيغة الجمع وأن يقول راجعة (قوله والظاهر أنه لامتنافا بين كلاميه لأنه قال هناك : الصحيح وهاهنا الأصح وهما يصدقان) أقول : فيه بحث ، فإنهم إذا قالوا هو الصحيح فهو في مقابلة الخطأ ، بخلاف الصحة المفهومة من الحكم بالأصحية بالالتزام (قال المصنف : وذلك من حق المستأمن أيضا) أقول : لا من حق ورثته حتى ينفى ما قلنا آنفا (قال المصنف : ولهذا يصح عقود التمليكات منه في حال حياته) أقول : فيه شيء ، فإن هذا الكلام إنما يناسب لإثبات جواز وصية المستأمن للمسلم أو الذمى ،

واحدة . ولو أوصى لحرى . في دار الإسلام لا يجوز لأن الإرث ممتنع لتباين الدارين والوصية أخته . والله أعلم بالصواب .

(باب الوصى وما يملكه)

قال (ومن أوصى إلى رجل فقبل الرضى في وجه الموصى وردها في غير وجهه فليس برد) لأن الميت مضى

أن الذمية تقرّ على اعتقادها ، وأما المرتدة فلا تقرّ على اعتقادها اه . وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية : والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لأنه قال هناك الصحيح وهنا الأصح وهما يصدقان اه . أقول : ليس هذا بتوفيق صحيح ، إذ لا شك أن مراد من قال في الخلافات هو الصحيح يرجح هذا القول على القول الآخر لا بيان مجرد صحته مع رجحان الآخر . كما أن مراد من قال هو الأصح ترجيحه على الآخر بل قوله هو الصحيح دل على الترجيح من قوله هو الأصح ، ولا ريب أن ترجيح أحدهما على الآخر ينافي ترجيح الآخر عليه ولا يمكن أن يصدق معا (قوله ولو أوصى لحرى في دار الإسلام لا يجوز ، لأن الإرث ممتنع لتباين الدارين والوصية أخته) أقول : هذا التعليل الذى حاصله قياس الوصية على الإرث منقوض بمسائل متعددة مرت في الكتاب آنفا : منها ما إذا دخل الحربى دارنا بأمان فأوصى مسلم أو ذى بماله كله فإنه جائز ، مع أن الإرث ممتنع بين الذى والحربى لتباين الدارين . وبين المسلم والحربى لاختلاف الدينين وتباين الدارين حكما . ومنها ما إذا أوصى ذى الحربى مستأمن بوصية فإنه جائز في ظاهر الرواية ، مع أنه لا توارث بينهما لتباين الدارين حكما . ومنها ما إذا أوصى مسلم لمستأمن بشيء فإنه أيضا جائز في ظاهر الرواية مع أنه لا توارث بين المسلم والكافر أصلا لاختلاف الدينين وتباين الدارين أيضا إذا كان الكافر حربيا ولو كان مستأمنا .

(باب الوصى وما يملكه)

لما فرغ من بيان أحكام الموصى له شرع في بيان أحكام الموصى إليه وهو الوصى ، وقدم أحكام الموصى له لكثرة وكثرة

وقوله (ولو أوصى لحرى في دار الإسلام) دار الإسلام ظرف لأوصى لا لقوله لحرى : أى لو أوصى الذى في دار الإسلام لحرى في دار الحرب لم يجوز لتباين الدارين ، ولأن الذى إذا أوصى لحرى في دار الإسلام جاز على ما ذكر قبل هذا بقوله وكذا لو أوصى له : أى للمستأمن مسلم أو ذى بوصية جاز ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(باب الوصى وما يملكه)

لما فرغ من بيان الموصى له شرع في بيان أحكام الموصى إليه وهو الوصى لما أن كتاب الوصايا يشملها ، لكن قدم أحكام الموصى له لكثرة وكثرة وقوعه فكانت الحاجة إلى معرفتها أمس (ومن أوصى إلى رجل) أى جعله وصيا (فقبل الوصى في وجه الموصى) أى بعلمه (وردها في غير وجهه) أى بغير علم الموصى ، هكذا ذكره في الذخيرة ، إشارة إلى أن المقصود بذلك علم الموصى ليتدارك حاله عند رد الوصى (فليس برد لأن الميت مضى لسبيله) أى الموصى مات معتمدا عليه ، فلو صح ردّه بغير علمه في حياته أو بعد مماته صار مغرورا من جهته وهو إضرار لا يجوز فيردّه ، وطولب بالفرق بين الموصى له والموصى إليه في أن قبول الأول في الحال غير معتبر حتى لو قبله في حال حياة الموصى ثم رده بعد وفاته كان صحيحا ، بخلاف الثانى على ما ذكرتم . وأجيب بأن نفع الأول بالوصية لنفسه ونفع الثانى للموصى فكان في ردّه بغير علمه إضرار به فلا يجوز ،

ويمكن التوجيه كما أشر إليه فليتأمل (قوله ولأن الذى إذا أوصى) أقول : في صحة هذا العطف تأمل .

(باب الوصى وما يملكه)

معتمدا عليه . فلو صح رده في غير وجهه في حياته أو بعد مماته صار مغرورا من جهته فردّه . بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لأنه لا ضرر هناك لأنه حتى قادر على التصرف بنفسه (فإن ردها في وجهه فهو رده) لأنه ليس للموصى ولاية إلزامه التصرف ، ولا غرور فيه

وقوعها فكانت الحاجة إلى معرفتها أمس (قوله بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه) قال صاحب النهاية : هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتممة وأدب القاضي للصدر الشهيد والجامع الصغير للإمام المحبوبي وفتاوى قاضيخان ، لأنه ذكر في هذه الكتب أن الوكيل إذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح . حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة ، وموضعه في الذخيرة الفصل الثاني من كتابها ، والفصل العاشر من التتمة ، والباب السابع والستون من أدب القاضي ، وباب بيع الأوصياء من وصايا الجامع الصغير ، وفصل الوكيل بالخصومة من فتاوى قاضيخان ، إلى هنا لفظ صاحب النهاية . وقال صاحب الغاية : وهذا القيد وهو قوله بغير عينه احتراز عن الوكيل بشراء عبد بعينه لأنه لا يملك عزل نفسه ثمة أيضا بغير علم الموكل كما في الوصي لأنه يؤدي إلى تغيير الموكل ، بخلاف ما إذا كان وكيلًا بشراء عبد بغير عينه حيث يملك عزل نفسه لأنه لا يؤدي إلى تغيير الآمر . وهذا فيما إذا وكله بشراء شيء . بينه له أن يعزل نفسه بغير محضر الموكل على قول بعض المشايخ ، وإليه أشار صاحب الهداية في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله ولا يملكه على ما قبل إلا بمحضر من الموكل : أي لا يملك الوكيل عزل نفسه بغير علم الموكل على قول بعض المشايخ ، فعن هذا عرفت أن ما قال بعضهم في شرحه هذا الذي قاله صاحب الهداية مخالف لعامة روايات الكتب كالتممة والذخيرة وغيرهما ليس بشيء . لأن المراد بما ذكر في التتمة وغيرها من قولهم الوكيل لا يملك إخراج نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل ما إذا كان وكيلًا بشراء شيء بعينه لا بشراء شيء بغير عينه . ومراد صاحب الهداية هنا ما إذا كان وكيلًا بشراء شيء بغير عينه فتوافقت الروايات جميعا ولم تختلف ، إلى هنا كلام صاحب الغاية ، وإلى هذا مال صاحب للعبارة أيضا كما يظهر من تقريره في شرحه . أقول : بل ليس هذا التوفيق بشيء لأنهم عقدوا في أكثر المعتمدين عزل الوكيل فصلا على حدة أو بابا على حدة وبينوا فيه عدم صحة عزل الموكل للوكيل بغير علم الوكيل ، وكذا عدم صحة عزل الوكيل نفسه بغير علم الموكل من غير تقييد بشيء ، فهل يجوز العقل أن يكون مرادهم بذلك ما إذا كان وكيلًا بشراء شيء بعينه فيكون عقد الفصل أو الباب لبيان حكم العزل في مسألة بعينها من مسائل الوكالات بعبارة مطلقة . ويكون حكم العزل في سائر ما متروك الذكر بالكلية في عامة روايات الكتب ، ولعمري إن حمل كلام الثقات على مثل ذلك سفسطة لا تحق . ولندكر من بينها عبارة الذخيرة لعلك تأخذ منها حصّة قال فيها : الفصل الثاني في رد الوكالة من الوكيل وفي عزل الوكيل ، وقال : قد ذكرنا أن الوكيل إذا رد الوكالة ترتد ، ولكن هذا إذا علم الموكل بالرد ، وإن لم يعلم فلا ترتد حتى إن من وكل غائبا فبلغه الخبر فرد الوكالة ولم يعلم الموكل به لم يقبل الوكيل الوكالة صح قبوله وصار وكيلًا . ثم قال : ولا يصح عزل الوكيل من غير علم الوكيل ، ولا يخرج عن الوكالة عندنا الوكيل بالخصومة والوكيل بالبيع والشراء والنكاح والطلاق وسائر التصرفات في ذلك على السواء . ثم قال : وكذلك إذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة انتهى . انظر بعين البصيرة هل فيه ما يساعد التقييد بما إذا كان وكيلًا بشراء شيء بعينه ، وعن هذا قال صاحب الكافي هاهنا يدل قول المصنف بخلاف الوكيل بشراء عبد بعينه الخ ؛ ألا يرى أن الوكيل إذا أخرج نفسه من الوكالة لا يصح إلا بعلم الموكل دفعًا للغرر والضرر المنهين ، فإن يجب نفي الغرر والضرر عن الميت وهو أحق بالنظر أولى انتهى (قوله لأنه لا ضرر هناك لأنه حتى قادر على التصرف بنفسه) أقول : لقائل أن يقول : هذا

بخلاف الأول ، لأن الموصى به يرجع إلى ورثة الموصى ولا ضرر له في ذلك . ويشير إلى هذا الجواب قوله (بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه) أي في غيبته وبغير علمه . (لأنه لا ضرر هناك لأنه حتى قادر على التصرف بنفسه) فإنه جعل علة جوازه عدم الضرر كما في رد الموصى له . قال صاحب النهاية : هذا الذي ذكره مخالف

لأنه يمكنه أن ينيب غيره (وإن لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل) لأن الموصى ليس له ولاية الإلزام فبقى مخيرا . فلو أنه باع شيئا من تركته فقد لزمته ، لأن ذلك دلالة الإلزام والقبول وهو معتبر بعد الموت . وينفذ البيع لصدوره من الوصى . وسواء علم بالوصاية أو لم يعلم : بخلاف الوكيل إذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لأن الوصاية بخلافه لأنه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فننقل الولاية إليه ، وإذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالورثة . أما التوكيل إنابة لثوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علمه كإثبات المالك بالبيع والشراء وقد بينا طريق العلم وشرط الإخبار فيما تقدم من الكتب .

التعليل ينتقض بصورة رد الوصى الوصية في غير وجه الموصى في حياته : فإن الموصى حتى قادر على التصرف بنفسه في حال حياته : مع أنه لا يصح رد الوصى الوصية في غير وجه الموصى بعد أن قبها في وجهه لا في حياته ولا بعد مماته كما تقدم آنفا . والجواب أن معنى الإيصاء إلى أحد استخلافه بعد الموت لا في حال الحياة : فالتصرف الذي يرفعه الموصى إلى الوصى إنما هو التصرف الكائن بعد موته . ولا شك أنه ليس بقادر في حياته على التصرف الحاصل بعد مماته . كما أنه ليس بقادر عليه بعد مماته بلا شبهة فلا انتقاض . نعم إنه يقدر في حياته على الإيصاء إلى الآخر بدل الأول إذا علم رد الأول : لكن الكلام هنا في عدم صحة رد الوصى بغير علم الموصى فإن معنى قوله في غير وجهه بغير علمه : ومعنى قوله بوجهه بعلمه كما نص عليه في الذخيرة وذكر في الشروح أيضا (قوله وإذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالورثة) أقول : يرد عليه أن يقال : هب أن الوصاية بخلافه لكنها ليست بخلاف ضرورية كالورثة بل هي خلافة اختيارية ؛ ألا يرى أنه لو لم يقبلها الموصى إليه ولم يردها حتى مات الموصى فهو بالخيار ، إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل كما مر في الكتاب آنفا ، فإذا كانت خلافة يتوقف ثبوتها على اختيار الموصى إليه إياها فعدم توقف ثبوتها على علم الموصى إليه بها مشكل جدا ، إذ لا يخفى أن اختيار شيء وقبوله بدون العلم به متعسر بل متعذر فليتأمل (قوله وقد بينا طريق العلم وشرط الإخبار فيما تقدم من الكتب) قال جمهور الشراح : ومن تلك الكتب ما ذكره المصنف في فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضى بقوله ومن أعلمه الناس بالوكالة يجوز تصرفه ، ولا يكون النهى

لعامة روايات الكتب من التهمة والذخيرة وأدب القاضى للصدر الشهيد والجامع الصغير للإمام المحبوبي وفتاوى قاضيه خان ، ونقل عن كل واحد منها ما يدل على أن الوكيل إذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح ، حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة ، ولكن ليس فيما نقله ما يدل على الوكيل بشراء شيء بغير عينه ، وعن هذا قال بعض الشارحين : رواية عامة الكتب فيما إذا كان وكيلًا بشراء شيء بعينه ، وقد أشار إليه المصنف في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله على ما قيل إلا بمحض من الموكل ، وذلك أيضا قول المشايخ على ما يشير إليه قوله قيل وسببه الإضرار بتغيره ، وأما إذا كان وكيلًا بشراء شيء بغير عينه فليس فيه ذلك . وقوله (وإن لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل ، لأن الموصى ليس له ولاية الإلزام فبقى مخيرا) يعني كمن وكل حال حياته : فإنه ما لم يوجد من الوكيل قبول نصا ولا دلالة كان بالخيار . قيل كان يجب أن لا يكون مخيرا لأنه لما بلغه الإيصاء ولم يرده اعتمد عليه الموصى ولم يوص إلى غيره وفي ذلك ضرر به والضرر مرفوع . وأجيب بأن الموصى مغتر حيث لم يسأله عن الرد والقبول فلا يبطل الاختيار : بخلاف ما إذا قيل ثم رد في غيبته فإنه غار . فيبطل اختياره . وقوله (فلو أنه باع شيئا من تركته) بيانه أن القبول يجوز أن يكون دلالة فلنأخذ بعمل الصريح إذا لم يوجد صريح بخلافه لكنه يعتبر ذلك بعد الموت . وقوله (وقد بينا طريق العلم وشرط الإخبار فيما تقدم من الكتب) من ذلك ما ذكره في كتاب أدب القاضى في فصل القضاء بالمواريث : ومن أعلمه الناس بالوكالة يجوز تصرفه ، ولا يكون

(وإن لم يقبل حتى مات الموصى فقال لا أقبل ثم قال أقبل فإيه ذلك إن لم يكن القاضى أخرجه من الوصية حين قال لا أقبل) لأن بمجرد قوله لا أقبل لا يبطل الإيصاء . لأن في إبطاله ضرراً بالميت وضرراً للموصى في الإبقاء مجبور بالثواب . ودفع الأول وهو أعلى أولى ، إلا أن القاضى إذا أخرجه عن الوصاية يصبح ذلك لأنه مجتهد فيه . إذ للقاضى ولاية دفع الضرر . وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضى الضرر عنه وينصب حافظاً للمال الميت متصرفاً فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا يتفاد إخراجاً ، فإذ قال بعد إخراج القاضى إياه أقبل لم يلتفت إليه لأنه قبل بعد بطلان الوصاية بإبطال القاضى . قال (ومن أوصى إلى عبد أو كافر أو فاسق أخرجهم القاضى عن الوصاية ونصب غيرهم) وهذا اللفظ يشير إلى صحة الوصية ، لأن الإخراج يكون بعدها . وذكر محمد في الأصل أن الوصية باطلة . قيل معناه في جميع هذه الصور أن الوصية

عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل . وهذا عند أبي حنيفة ، وقالوا : هو والأول سواء : أى الواحد فيهما يكفي انتهى . وقال بعض المتأخرين : قوله فيما تقدم من الكتب « ما » عبارة عن الكتب ، ومن لا تبعيض : أى بيناه في بعض الكتب المتقدمة أراد به كتاب القضاء وليس ما عبارة عن الكتب ، ومن للتبيين كما فهم ذلك من تقرير بعض الشراح ، إذ ليس لما ذكره أثر في غير كتاب القضاء أصلاً انتهى . أقول : ليس ما قاله هذا البعض بصحيح ، لأن المصنف كما ذكره في كتاب أدب القاضى ذكره في كتاب الوكالة وفي كتاب الشفعة أيضاً ، فإنه قال في باب عزل الوكيل من كتاب الوكالة : فإن لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم : ثم قال فيه : وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في الخبر فلا نعيده . وقال في باب طلب الشفعة والخصومة فيها من كتاب الشفعة : وإذا بلغ الشفع بيع الدار لم يجب عليه الإشهاد حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أبي حنيفة ، وقالوا : يجب عليه أن يشهد إذا أخبره واحد حراً كان أو عبداً صبيهاً أو امرأة إذا كان الخبر حقاً ، وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله وأخواته فيما تقدم انتهى . والعجب من ذلك القائل أنه كيف اجترأ على الحكم بأن ليس لما ذكره أثر في غير كتاب القضاء أصلاً بدون التبع لما تقدم من الكتب (قوله إلا أن القاضى إذا أخرجه عن الوصاية يصبح ذلك) قال عامة الشراح : قوله إلا أن القاضى إذا أخرجه استثناء من قوله ثم قال أقبل

النهى عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل وهذا عند أبي حنيفة ، وقالوا : هو والأول سواء : أى الواحد فيهما يكفي . وقوله (وإن لم يقبل حتى مات الموصى فقال لا أقبل) يعنى أن الوصى إذا سكت في حياة الموصى ثم بعد مماته قال لا أقبل ثم قبل فهو وصى إن لم يخرج القاضى حين قال لا أقبل : لأن بمجرد قوله لا أقبل لا يبطل الإيصاء عندنا خلافاً للزفر ، لأن في إبطاله مضرة بالميت وفي إبقائه ضرر للموصى ، لكن الأول أعلى لكونه غير مجبور بشيء والثاني مجبور بالثواب ، ودفع الأعلى من الضرر أولى لا محالة . وقوله (إلا أن القاضى إذا أخرجه) استثناء من قوله فلهذا ذلك : يعنى أن القاضى إذا أخرجه عنها حين قال لا أقبل لا يصح قبوله بعد ذلك . واختلف المشايخ في تعاليل صحة هذا الإخراج ، فمنهم من قال : القاضى حكم في فصل مجتهد فيه فينفذ . وإليه ذهب الإمام شمس الأئمة السرخسى وهو الذى اختاره المصنف . ومنهم من قال : إمامنا لأن الوصاية لو صحقت بقوله كان للقاضى أن يخرج ويصح الإخراج فهنا أولى . وإليه ذهب شمس الأئمة الحلوانى والباقي واضح . قال (ومن أوصى إلى عبد أو كافر الخ) ومن أوصى إلى عبد غير أو كافر ذمى أو مستأمن أو حربى أو فاسق أخرجهم القاضى عن الوصية ونصب غيرهم ، وهذا اللفظ وهو لفظ القدورى يشير إلى صحة الوصية ، لأن الإخراج يكون بعد الصحة ، وذكر محمد في الصور الثلاث أن الوصية باطلة . ثم اختلف المشايخ في أنه باطل أصلاً أو معناه سيئ . قال الفقيه أبو الليث : وإليه ذهب القدورى وفخر الإسلام البزدوى وعامة مشايخنا أن معناه سيئ ، ووجهه أن العبد أهل للتصرف ولهذا جاز تركه ، ولكن

ستبطل ، وقيل معناه في العبد باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده ، وفي غيره معناه ستبطل ، وقيل في الكافر باطل أيضا لعدم ولايته على المسلم . ووجه الصحة ثم الإخراج أن الأصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة ، وولاية الفاسق على أصلنا وولاية الكافر في الجملة ، إلا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على إجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالحياة فيخرجه القاضي من الوصاية ويقيم غير مقامه إتماما للنظر . وشرط في الأصل أن يكون الفاسق مخوفا عليه في المال ، وهذا يصلح عذرا في إخراجه وتبديله بغيره . قال (ومن أوصى إلى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية) لأن للكبير أن يمنعه أو يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته وإن كانوا صغارا كلهم فالوصية إليه جائزة عند أبي حنيفة ، ولا تجوز عندهما وهو القياس . وقيل قول محمد مضطرب ، يروى مرة مع أبي حنيفة ، وتارة مع أبي يوسف . وجه القياس أن الولاية منعدمة لما أن

فله ذلك : يعنى أن القاصى إذا أخرجه عنها حين قال لا أقبل لا يصح قبوله بعد ذلك انتهى . أقول : فيه نظر ، لأن المصنف قيد قوله فله ذلك بقوله إن لم يكن القاضي أخرجه حين قال لا أقبل ، وذلك القيد يفيد بمفهوم المخالفة أن القاضي إذا أخرجه عن الوصاية لم يكن له ذلك : أى لم يصح قبوله ، والمفهوم معتبر في الروايات بالإجماع كما نصوا عليه ، فلم يبق احتياج إلى استثناء ما إذا أخرجه القاضي عن الوصايا من قوله فله ذلك ، فلو كان قوله هنا إلا أن القاضي إذا أخرجه استثناء من قوله فله ذلك يلزم الاستدراك في الكلام كما لا يخفى ، فالوجه عندي أن يكون قوله هنا إلا أن القاضي إذا أخرجه استثناء من قوله في قربه ودفع الأول وهو الأعلى أولى ، فيكون هذا الاستثناء داخلا في حيز تعليل مسألة الكتاب ويكون ناظرا إلى مفهوم قيدها وهو قوله إن لم يكن القاضي أخرجه حين قال لا أقبل ، كما أن ما قبل هذا الاستثناء كان ناظرا إلى منطوق أصلها : ويؤيده أن هذا الاستثناء لم يكن مذكورا في البداية أصلا مع كون المسئلة المذكورة هناك أيضا بحالها (قوله وقيل قول محمد مضطرب يروى مرة مع أبي حنيفة ومرة مع أبي يوسف) قال صاحب العناية : ولنا في هذا القيل نظر ، لأن كبار الثقات المتقدمين على صاحب

لما كان عجزه عن استيفاء حقوق الميت مظنونا لكون منافعه للمولى والظاهر المنع عن التبرع بها وعلى تقدير الإجازة كان له الرجوع وعند ذلك يعجز العبد عن التصرف بالوصاية . قلنا : إنها ستبطل بإخراج القاضي إياه عنها ، وأما الكافر فقد ذكر في كتاب القسمة أنه أو قاسم شيئا قبل أن يخرج القاضي جاز ، فثبت أن الإيصاء صحيح لكنه لا يتوق البياعات الفاسدة فجاز للقاضي أن يخرج عن الوصية . وقال بعضهم إنه باطل في العبد ، وإليه ذهب شمس الأئمة السرخسى ، وذلك لأن الوصاية ولاية متعدية ، وليس للعبد ولاية على نفسه فضلا أن يكون له ولاية على غيره ، فقوله لعدم ولايته إشارة إلى ما قبل الإجازة . وقوله (واستبداده إلى ما بعدها) لأنها بمنزلة الإعارة منه للعبد ولا يتعلق به اللزوم . وقيل معناه في الكافر أيضا باطل لعدم ولايته على المسلم . ووجه الصحة ثم الإخراج ظاهر . وقد ذكرنا بعضا منه آنفا . وقوله (وهذا يصلح عذرا في إخراجه وتبديله بغيره) لأن الميت إنما أوصى إليه لينظر في ماله وأولاده بعده بالحفظ والصيانة : وبالحيانة ترتفع الصيانة فلا يحصل الغرض من الوصاية . وقوله (ومن أوصى إلى عبد نفسه) واضح .

(قال المصنف : وقيل في العبد معناه باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده ، وفي غيره معناه ستبطل) أقول : فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز فإن اسم الفاعل حقيقة في الحال مجاز في الاستقبال ، والحمل على عموم المجاز محل تأمل ، يعلم الجواب بما ذكر في شرح الإقناني ، وهو أن محمدا ذكر في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة في المسلم يوصى إلى الذي . قال الوصية باطلة ، وكذلك إن أوصى إلى عبد غيره فالوصية باطلة ، إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير . وذكر محمد في الأصل : وإذا أوصى لغيره فالوصية باطلة وإن أجاز موله . وقال في الأصل أيضا : إذا أوصى المسلم إلى ذي أو إلى حرب مستأمن أو غير مستأمن فهو باطل . وقال في الأصل أيضا : ولو أوصى إلى فاسق منهم مخوف على ماله فالوصية إليه باطلة انتهى (قال المصنف : ومن أوصى إلى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية)

الرق ينافيها ، ولأن فيه إثبات الولاية للمملوك على المالك ، وهذا قلب المشروع ، ولأن الولاية الصادرة من الأب لا تنجز ، وفي اعتبار هذه تجزئتها لأنه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع . وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوصاية ، وليس لأحد عليه ولاية ، فإن الصغار وإن كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة . وإيضاء المولى إليه يؤذن بكونه ناظرا لهم وصار كالمكاتب ، والوصاية قد تنجز على ما هو المروى عن أبي حنيفة ، أو نقول : يصار إليه كي لا يؤدي إلى إبطال أصله ، وتغيير الوصف لتصحیح الأصل أولى . قال (ومن يعجز عن القيام بالوصية ضم إليه القاضي غيره) رعاية لحق الموصى والورثة . وهذا لأن تكميل النظر يحصل بضم الآخر إليه لصيانتة ونقص كفايته فيتم النظر بإعانة غيره ، ولو شككنا إليه الوصى ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة ، لأن الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه ، وإذا ظهر عند القاضي عجزه أصلا

الهداية كلهم ذكرنا قول محمد مع أبي يوسف بلا اضطراب ، كالطحاوي في مختصره والكرخي في مختصره وأبي الليث في نكت الوصايا والقنوري في التبريد وشمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي وصاحب المنظومة فيها وفي شرحها وغيرهم من أصحابنا اه . أقول : نظره ساقط ، إذ لا يلزم من أن يذكر قول محمد مع أبي يوسف في كتب هؤلاء المشايخ الذين عدّهم أن لا يكون قوله مضطربا في نقل أحد أصلا ، كيف وقد قال في المحيط البرهاني : وإن كانت الورثة صغارا كلهم فإن أوصى إلى عبد غيره فالوصية باطلة ، وإن أوصى إلى عبد نفسه فالوصية جائزة في قول أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف : إنها باطلة على التفسير الذي قلنا ، وقول محمد في الكتاب مضطرب ذكر في بعض الروايات مع أبي حنيفة وفي بعضها مع أبي يوسف انتهى . نعم الذي وقع في كتب كثير من المشايخ كون قوله مع أبي يوسف ولهذا اختاره المصنف حيث ذكر قوله مع أبي يوسف أولا ، وأشار إلى وقوع رواية أخرى في كلام بعضهم حيث قال : وقيل قول محمد مضطرب فلا غبار فيه (قوله وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوصاية وليس لأحد عليه ولاية . فإن الصغار وإن كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة) قيل : عايناهم إن لم يكن لهم ذلك . فللقاضي أن يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة . وأجيب بأنه إذا ثبت الإيضاء إليه لم يبق للقاضي ولاية البيع . وكذا

وقوله (وفي اعتبار هذه) أي هذه الوصية وهي وصية عبده على الورثة الصغار (تجزئتها لأنه لا يملك بيع رقبته) وقوله وهذا نقض الموضوع لأن الوصى إنما يملك الولاية من الموصى وولايته لا تنجز إذا لا يقال ولأيته في بعض دون بعض . فلو ثبت التجزى في ولاية الوصى ثبت في ولاية الموصى لكنه غير متجزئ فكان عائدا على موضوعه بالنقض . وقوله (إنه مخاطب) احتراز عن الصبي والمجنون . وقوله (مستبد) احتراز عن الإيضاء إلى عبد الغير وعما إذا كان في الورثة كبار . وقوله (ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة) قيل عليه إن لم يكن لهم ذلك فللقاضي أن يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة . وأجيب بأنه إذا ثبت الإيضاء لم يبق للقاضي ولاية البيع . وقوله بكونه ناظرا لهم لأن العاقل لا يختار المرقوق دون الأحرار كافة إلا إذا وثق بديانته وأمانته وشفقته على من خلفهم وصار كالمكاتب فإن الإيضاء إليه جائز فكذلك هذا . قوله (والوصاية قد تنجز) جواب عن قولهما وفي اعتبار هذه تجزئتها ، وذلك أن الحسن بن زياد روى عن أبي حنيفة أنه إذا أوصى إلى رجلين إلى أحدهما في العين وإلى الآخر في الدين أن كل واحد منهما يكون وصيا فيما أوصى إليه خاصة ، أو نقول : يصار إليه أي إلى التجزى كي لا يؤدي إلى إبطال هذا التصرف وهو نصب عبده وصيا على الصغار . فإن قيل : يفضى إلى تغيير وصفه وهو جماعه متجزئا بعد ما لم يكن . قلنا : يعتبر الوصف لتصحیح الأصل أولى من إهداره بالكلية . قال (ومن يعجز عن القيام بالوصية) معنى قوله بالوصية بالوصاية . اعلم أن الأوصياء ثلاثة : عدل كاف ، وعدل غير كاف ، وفاسق . وزاد المصنف

أقول : لا يخفى عليك أن وجد صحة الوصية إلى عبد الغير جارها ، إلا أن يؤول ويقال : إذا كان للقاضي أن يخرج له لم يستقر على الصحة . فكانه لم يصح من ابتداء حيث كان على شرف الزوال .

استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ؛ ولو كان قادرا على التصرف أمينا فيه ليس للقاضي أن يخرج به ، لأنه لو اختار غيره كان دونه لما أنه كان مختار الميث ومرضيه فإبقاؤه أولى ولهذا قدم على أب الميث مع وفور شفقتة فأولى أن يقدم على غيره . وكذا إذا شك الورثة أو بعضهم الرضى إلى القاضي فإنه لا ينبغي له أن يعزله حتى يبدو له منه خيانة لأنه استفاد الولاية من الميث . غير أنه إذا ظهرت الحياة فالميث إنما نصبه وصيا لأمانته وقد فانت ، ولو كان في الأحياء لأخرجه منها . فعند عجزه يوجب القاضي منابه كأنه لا وصى له . قال (و من أوصى إلى اثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد دون صاحبه) إلا في أشياء معدودة نبينها إن شاء الله تعالى . وقال أبو يوسف : ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الأشياء لأن الوصاية سيدها الولاية وهي وصف شرعى لا تنجز فيثبت لكل منهما كلاً كولاية الإنكاح للأخوين ، وهذا لأن الوصاية خلافة ، وإنما تتحقق إذا انتقلت الولاية إليه على الوجه الذى كان ثابتا للموصى وقد كان بوصف الكمال ، ولأن اختيار الأب إياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما . ولهما أن الولاية تثبت بالتفويض فإعاعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع إذ هو شرط مقيد ، وما رضى

السؤال والجواب في أكثر الشروح ، وعزاهما في النهاية ومراجع الدراية إلى الأسرار . أقول : في هذا الجواب بحث ، لأن عدم بقاء ولاية البيع للقاضي موقوف على جواز الوصية إليه شرعا ، وهو أول المسئلة التي نحن فيها والمقام مقام إقامة الدليل عليه من قبل أبي حنيفة رحمه الله ، فلو بنى تمام هذا الدليل عليه لزم المصادرة على المطلوب لاحالة ، فالحق في الجواب عن السؤال المذكور مانقله صاحب الغاية عن شرح الأقطع حيث قال : وأورد في شرح الأقطع سؤالاً وجواباً فقال : فإن قيل : إذا كانوا صغاراً فالقاضي يلى على بيعه إذا رأى ذلك . قيل ولاية القاضي على الوصى لا تمنع جواز الوصية ، لأنه يلى على الأحرار مع

العاجز أصلاً إذا ظهر للقاضي عجز وصى عن الاستبداد وهو عدل ضم إليه غيره رعاية لحق الموصى والورثة ، وهذا لأن القاضي نصب ناظراً ، وإذا علم صيانة الوصى ونقص كفايته وجب عليه تكميل النظر وهو يحصل بضم غيره إليه ، وإذا لم يظهر ذلك عنده لكن شكى إليه الوصى ذلك : أى عدم الاستبداد بعجزه لا يبيحه كما ذكر في الكتاب ، ولو ظهر عنده عجز أصلاً استبدل غيره به رعاية للنظر من الجانبين : أى جانب الموصى والوصى ، يقوم المنصوب من جهة القاضي بالتصرف في حوائج الموصى والعاجز المعزول بقضاء حقوق نفسه ، وإذا كان عدلاً كافياً فليس للقاضي أن يتعرض إليه بالإخراج وإن شكاه الورثة أو بعضهم إليه ، إلا إذا ظهر منه خيانة فإنه يستبدل به غيره ووجه ذلك مذكور في الكتاب . قوله (ومن أوصى إلى اثنين الخ) روى عن أبي القاسم الصغار أنه قال : هذا الخلاف بينهم فيما إذا أوصى إليهما جميعاً معاً بعقد واحد ، فأما إذا أوصى إلى كل واحد منهما بعقد على حدة فإنه ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف . قال الفقيه أبو الليث : هذا أصح وبه نأخذ بمنزلة الوكيلين إذا وكل كلا منهما على الانفرد . وحكى عن أبي بكر الإسكاف أنه قال : الخلاف فيهما جميعاً سواء أوصى إليهما جميعاً أو متفرقا . وجعل في الميسوط هذا الأصح لأن وجوب الرصية إنما يكون عند الموت وحينئذ تثبت الوصية لهما معاً فلا فرق بين الافتراق والاجتماع ، بخلاف الوكالة : وإنما قال إلا في أشياء معدودة ولم يذكر كميتها لاختلاف أقوال العلماء فيها ، فذكر في الأسرار ستة ، وهو ماعدا تنفيذ الرصية المعينة وقبول الهبة وجمع الأموال الضائعة من تجهيز الميت وقضاء الدين بخمس حقه وشراء مالا يلد للصغير منه وبيع ما يسرع إليه الفساد ورد الغصب والوديعة والخصومة . وذكر في الجامع الصغير لقاضيخان ثمانية وهي الستة المذكورة في الأسرار ، وتنفيذ الوصية ، وقبول الهبة . وذكر فيه أيضاً جمع الأموال الضائعة ، قيل : ويحتمل أن يكون قبول الهبة من جنس جمع الأموال الضائعة فيعدان واحداً كى لايزداد ما نص عليه من الثمانية ، والذي ذكره المصنف أكثر من ذلك . وقوله (سبيلها الولاية) يعنى أنها لا تثبت لمن لا تثبت له الولاية بالتولية كالكافر والعبد على مامر .

الموصى إلا بالمتنى وليس الواحد كالمتنى ، بخلاف الأخوين في الإنكاح لأن السبب هنالك القرابة وقد فامت بكل منهما كمالا . ولأن الإنكاح حق مستحق لها على الولي ، حتى لو طالبت به بإنكاحها من كفؤ يخطبها يجب عليه وهانها حق التصرف للموصى ، ولهذا يبقى تخيرا في التصرف . ففي الأول أوفى حقا على صاحبه فصح . وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه فلا يصح أصله الدين الذي عليهما ولهما . بخلاف الأشياء المعدودة لأنها من باب الضرورة لامن باب الولاية . ومواضع الضرورة مستثناة أبدا . وهي ما استثناه في الكتاب وأخواتها فقال (إلا في شراء كفن الميت وتجهيزه) لأن في التأخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك (وطعام الصغار وكسوتهم) لأنه يخاف موتهم جوعا وعريا (وردّ الوديعة بعينها وردّ المغصوب والمشتري شراء فاسدا وحفظ الأموال وقضاء الديون) لأنها ليست من باب الولاية فإنه يملكه المالك ، وصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه

وجود الوصية إليهم انتهى (قوله وهي ما استثناه في الكتاب وأخواتها) يعني وهي : أي الأشياء المعدودة ما استثناه القدوري في مختصره بقوله إلا في شراء كفن الميت وتجهيزه ، وطعام الصغار وكسوتهم ، وردّ وديعة بعينها ، وقضاء دين وتنفيذ وصية بعينها ، وعق عبد بعينه ، والخصومة في حقوق الميت انتهى . وهذه تسعة أشياء كما ترى قصر القدوري الاستثناء عليها في مختصره . واقفى أثره المصنف في البداية ، وقوله هنا وأخواتها بالرفع عطف على « ما » في قوله ما استثناه في الكتاب : أي والمسائل التي هي أخوات المسائل المستثناة في الكتاب وهي ما زاده المصنف في الهداية بقوله وردّ المغصوب والمشتري شراء فاسدا وحفظ الأموال . ثم بقوله وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجمع الأموال الضائعة ، وهذه التي زادها المصنف على ما في الكتاب ستة أشياء : فيصير مجموع الأشياء المعدودة خمسة عشر كما لا يخفى . قال بعض المتأخرين في شرح هذا المحل : قوله وهي ما استثناه في الكتاب : أي في مختصر القدوري كما سبق ، وقوله وأخواتها بالرفع عطف على « ما » إشارة إلى أنه يزداد عليه أشياء آخر وهي ما ذكرته فيما سبق : يعني قوله وزاد عليها المصنف ردّ المغصوب والمشتري شراء فاسدا وحفظ الأموال . وقال : ثم إن جعلنا شراء الكفن والتجهيز واحدا كما جعل في الأسرار بناء على أن الأول داخل في الثاني . وكذا ردّ المغصوب والوديعة والمشتري شراء فاسدا يكون المستثنى فيما ذكره المصنف أحد عشر ، وما زاده اثنين وإلا فأربعة عشر ، وما زاده ثلاثة كما هو الظاهر من لفظ الأخوات انتهى كلامه . أقول : هذا الذي ذكره مع كونه ناشئا عن الغفلة عما زاده المصنف في الآخر من أشياء ثلاثة : وهي قبول الهبة ، وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف ، وجمع الأموال الضائعة مختل في ذاته ، إذ لا يمكن أن يكون مجموع ما ذكره المصنف أحد عشر على تقدير أن يكون ما زاده اثنين ، وأربعة عشر على تقدير أن يكون ما زاده ثلاثة ، لأن زيادة الثلاثة على الاثنين بواحد فكيف يمكن أن يكون المجموع بزيادة الاثنين أحد عشر وبزيادة الثلاثة أربعة عشر ، بل لابد أن يكون بزيادة الثلاثة اثني عشر كما لا يخفى (قوله وطعام الصغار وكسوتهم) قال في غاية البيان : وطعام الصغار وكسوتهم بالجر عطف على قوله في شراء الكفن ، وكذلك قوله وتنفيذ وصية بعينها ، وعق عبد بعينه ، والخصومة ، وقبول الهبة ، الأموال ، وقضاء الديون . كل ذلك بالجر ، وكذلك قوله وتنفيذ وصية بعينها ، وعق عبد بعينه ، والخصومة ، وقبول الهبة ، وبيع ما يخشى عليه التوى . وجمع الأموال الضائعة ، كل ذلك بالجر انتهى . أقول : لا يخفى أن ما يساعده تحرير المصنف من الإعراب هو الذي ذكر في الشرح المزبور . لكنه منظور فيه عندي لأن قول المصنف في شراء الكفن في كتابه هذا واقع في حيز قال في قوله فقال في شراء الكفن : ولا ريب أن الضمير المستتر في قوله فقال راجع إلى ما رجع إليه الضمير المستتر فيما استثناه في الكتاب وهو القدوري ، والمراد بالكتاب مختصره فيلزم أن يكون جميع الأمور المعطوفة على شراء الكفن بالجر في الهداية من مقول القدوري في مختصره وليس كذلك قطعا كما عرفته مما بيناه فيها مرآة ، اللهم إلا أن يحمل قوله فقال إلا

و قوله (لأنها ليست من باب الولاية) أي الولاية المستفادة من الموصى لتحقيقها من غير من أوصى إليه ، وذمّر رواية الجامع

وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الإعانة . ولأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي (وتنفيذ وصية بعينها وعق عبد بعينه) لأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي (والخصومة في حق الميت) لأن الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين (وقبول الهبة) لأن في التأخير خيفة القوات ، ولأنه يملكه الأم والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية (ويبيع ما ينحش عليه التوى والتلف) لأن فيه ضرورة لا تخفى (وجمع الأموال الضائعة) لأن في التأخير خشية القوات . ولأنه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية . وفي الجامع الصغير : وائمس لأحد الوصيين أن يبيع ويتقاضى . والمراد بالتقاضى الاقتضاء . كذا كان المراد منه في عرفهم . وهذا لأنه رضى بأمانتهما جميعا في القبض ، ولأنه في معنى المبادلة لاسيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو أوصى إلى كل واحد على الانفرد قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين إذا وكل كل واحد على الانفرد ، وهذا لأنه لما أفرد فقد رضى برأى الواحد . وقيل الخلاف في الفصلين واحد . وهو

في شراء الكفر الخ على تغليب ما ذكره القدوري في مختصره على ما زاد عليه المصنف هنا بطريق الإلحاق به تأمل (قوله وحفظ المال يملكه من يقع في يده) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية : قوله وحفظ المال بالرفع هذا على وجه التعليل لقوله وقضاء الدين : يعني أن كل واحد من الوصيين يملك قضاء الدين لأنه ليس في قضاء الدين إلا حفظ المال إلى أن يقضى صاحب الدين ، وكل من يقع المال في يده فهو يملك حقه انتهى . أقول : لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن هذا الذي ذهب إليه تكلف بارد ، بل تصف فاسد ، إذ لا شك أن مراد المصنف بقضاء الدين في قوله وقضاء الدين هو نفس القضاء مع قطع النظر عن الحفظ بقرينة قوله قبيله وحفظ الأموال ، فكيف يتم حينئذ توجيه التعليل بما ذكره الشارحان المزبوران . والصواب أن قول المصنف هنا وحفظ المال يملكه من يقع في يده مسوق على وجه التعليل كقوله من قبل وحفظ الأموال كما لا يخفى (قوله والمراد بالتقاضى الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم) أقول : فيه شيء وهو أن قوله كذا كان المراد منه في عرفهم يوم أن لا يكون الاقتضاء الذي هو القبض معنى التقاضى في الوضع واللغة ، بل كان معناه في العرف : مع أن الأمر ليس كذلك كما صرح به المصنف في باب الوكالة بالخصومة من كتاب الوكالة حيث قال : الوكيل بالتقاضى يملك القبض على أصل الرواية لأنه في معناه وضعا ، إلا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع انتهى . ويدل على كون معناه ذلك في الوضع ما ذكر في كتب اللغة . قال في القاموس : تقاضاه الدين : قبضه منه . وقال في الأساس : تقاضيته ديني وبديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حتى : أى أخذته انتهى . ثم أقول في الجواب : ليس مراد المصنف ها هنا بقوله كذا كان المراد منه في عرفهم نبي كونه كذلك في اللغة والوضع ، بل بيان أن عرفهم يطابق اللغة والوضع . وفائدته دفع توهم أن يقال كون معنى التقاضى الاقتضاء في الوضع غير كاف لأن العرف قاض على الوضع : أى راجح عليه . فإن قلت : بقي المخالفة حينئذ بين كلام المصنف هنا وبين كلامه هناك إلا أن العارف بخلافه . قلت : مراد المصنف هنا أن المراد منه كان كذا في عرف المجتهدين : ومراده هناك أن العرف بخلافه في زماننا أو في ديارنا ، ولا غرو في اختلاف العرفين بحسب اختلاف الزمانين أو المكانين ، ويؤيده أن صاحب المحيط قال في كتاب الوكالة : الوكيل بالتقاضى يملك القبض عند علمائنا الثلاثة كما ذكره محمد في الأصل . ثم قال : وذكر الشيخ الإمام الزاهد فخر الإسلام البردوي في شرح هذا الكتاب أن الوكيل بالتقاضى في عرف ديارنا لا يملك القبض كذا جرت العادة في ديارنا ، وجعل التقاضى مستعملا في المطالبة مجازا لأنه سبب الاقتضاء وصارت الحقيقة مهجورة انتهى تدبر تفهم (قوله ولأنه في معنى المبادلة لاسيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية) أقول : لقائل أن يقول : إن كان الاقتضاء في معنى المبادلة كان

الصغير لبيان أن اقتضاء الدين : أى قبضه ليس كقضائه بل هو على الاختلاف . وقوله (ولو أوصى إلى كل واحد منهما على الانفرد) ذكرناه في مطلع الكلام مع ذكر صاحب كل قول منهما .

وهو الأصح لأن وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين . لأن الوكالة تنعاقب . فإن مات أحدهما جعل القاضى مكانه وصيا آخر . أما عندهما فلأن الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضى إليه وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه . وعند أبى يوسف الحى منهما وإن كان يقدر على التصرف فالموصى قصد أن يخلفه متصرفا في حقوقه ، وذلك ممكن التحقق بنصب وصى آخر مكان الميت . ولو أن الميت منهما أوصى إلى الحى فللحى أن يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما إذا أوصى إلى شخص آخر . ولا يحتاج القاضى إلى نصب وصى آخر لأن رأى الميت باق حكما برأى من يخلفه . وعن أبى حنيفة أنه لا ينفرد بالتصرف لأن الموصى ما رضى بتصرفه وحده . بخلاف ما إذا أوصى إلى غيره لأنه ينفذ تصرفه برأى المثنى كما رضىه المثنى . وإذا مات الرصى وأوصى إلى آخر فهو وصيه في تركته وتركته الميت الأول عندنا . وقال الشافعى : لا يكون وصيا في تركته الميت الأول اعتبارا بالتوكيل في حالة الحياة . والجامع بينهما أنه رضى برأيه لا برأى غيره . ولنا أن الوصى يتصرف بولاية منتقلة إليه فيملك الإيصاء إلى غيره كالجد . ألا يرى أن الولاية التي كانت ثابتة للموصى تنتقل إلى الوصى في المال وإلى الجسد في النفس . ثم الجد قائم مقام الأب فيما انتقل إليه فكذلك الوصى . وهذا لأن الإيصاء إقامة غيره مقامه فيما له ولايته . وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثانى منزله فيهما . ولأنه لما استعان به في ذلك مع علمه أنه قد تعثر به المنية قبل تتميم مقصوده بنفسه وهو تلافى ما فرط منه صار راضيا بإيصائه إلى غيره . بخلاف الوكيل لأن الموكل حتى يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والإيصاء إليه . قال (ومقاسمة الوصى الموصى له عن الورثة جائزة ومقاسمته الورثة عن الموصى له باطلة)

القضاء أيضا في معنى المبادلة ضرورة أن المبادلة إنما تتحقق من الجانبين : وإذا كان أحدهما مقتضيا كان الآخر قاضيا البتة فيلزم

وقوله (فإن مات أحدهما) متصل بأول الكلام . وقوله (ولو أن الميت منهما أوصى إلى الحى) ظاهر . وقوله (وإلى الجسد في النفس) يعنى إذا مات الأب كان ولاية تزويج الصغار والصغائر واستيفاء القصاص للجد . فكذلك الوصى فيما انتقل إليه لأنه خلف عن الأول . رباعية هذه الخلافة يجعل الأول قائما حكما . والخلف يعمل عمل الأصل عند عدم الأصل . وقوله (وعند الموت كان له ولاية) أى عند موت الموصى كان للوصى ولاية في التركتين : أى في تركته نفسه سواء تركته باعتبار ما يثول إليه وتركته موصيه . أما في تركته فباعتبار أنه ملكه . وأما في تركته موصيه فباعتبار الوصاية إليه فينزل الثانى منزله فيهما . وقوله (فلا يرضى بتوكيل غيره) أى لا يرضى الموكل بأن يوكل وكيله غيره أو يوصى إلى غيره . قال (ومقاسمة الوصى الموصى له عن الورثة جائزة) رجل أوصى إلى رجل وأوصى لرجل آخر بثلث ماله وله ورثة صغار أو كبار غيب فقاسم الوصى الموصى له نائبا عن الورثة وأعطاه الثلث وأمسك الثلثين للورثة فالقسمة نافذة على الورثة في المنقول والعقار إن كانوا صغارا ، وفي المنقول إن كانوا كبارا . حتى لو هلك حصص الورثة في يده لم ترجع الورثة على الموصى له بشيء . وأما إن كان الوارث كبيرا وصاحب الوصية غائبا فقاسم الوصى مع الوارث عن الموصى له فأعطى الورثة حقهم وأمسك الثلث للموصى له لم تنفذ القسمة على الموصى له صغيرا كان أو كبيرا حاضرا أو غائبا في المنقول والعقار جميعا . حتى لو هلك في يد الوصى ما أقرزه كان له أن يرجع على الورثة بثلث ما في أيديهم ، والفرق بين المنقول والعقار أن الورثة إذا كانوا صغارا كان للوصى بيع نصيب الصغار من المنقول والعقار جميعا . أما إذا كانوا كبارا فليس له بيع العقار عليهم وله ولاية بيع المنقول . فكذلك القسمة لأنها نوع بيع . ووجه المسئلة ما ذكره في الكتاب . وحاصله أن الورثة والوصى كلاهما خلف عن الميت فيجوز أن يكون الوصى خصما عنهم وقائما مقامهم . وأما الموصى له فليس بخليفة عن الميت بكل وجه فلا يكون بينه وبين الوصى مناسبة حتى يكون خصما عنه وقائما مقامه في نفوذ القسمة عليه

لأن الوارث خليفة الميت حتى يردّ بالعيب ويردّ عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث والوصى خليفة الميت أيضا فيكون خصما عن الوارث، إذا كان غائبا فصحت قسمته عليه ، حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصى ليس له أن يشارك الموصى له . أما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لأنه ملكه بسبب جديد . ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه . ولا يصير مغرورا بشراء الموصى فلا يكون الوصى خليفة عنه عند غيبته ، حتى لو هلك ما أفرز له عند الوصى كان له ثلث ما بقي لأن القسمة لم تنفذ عليه ، غير أن الوصى لا يضمن لأنه أمين فيه . واه ولاية الحفظ في التركة فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لأن الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة . قال (فإن قاسم الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضايع رجع الموصى له بثلث ما بقي) لما بينا . قال (وإن كان الميت أوصى بحصة فقاسم في الورثة فهلك ما في يده حجّ عن الميت من ثلث ما بقي . وكذلك إن دفعه إلى رجل ليحجّ

أن يكون القضاء أيضا من باب الولاية مع أن المصنف صرح بخلافه فيما قبل (قوله غير أن الوصى لا يضمن لأنه أمين وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة) قال صاحب العناية : فيه إشارة إلى أنه لا ضمان عليه إذا كان ما أفرزه للورثة في يده ، لأن الحفظ إنما يتصور في ذلك . أما لو سلمه إليهم فالموصى له بالخيار ، إن شاء ضمن القابض بالقبض ، وإن شاء ضمن الدافع بالدفع ، كذا في النهاية ، إلى هنا لفظ العناية . أقول : فيه خال ، لأن مقتضى تحريره أن يثبت للموصى له الخيار بين تضمين القابض وتضمين الدافع فيما إذا سلم الوصى ما أفرزه للورثة إليهم على الإطلاق : أي سواء كان ماسلمه إليهم باقيا في أيديهم أو هالكا ، وليست المسئلة كذلك لا في النهاية ولا في غيرها ، فإنه قال في النهاية : ثم إن كان ما أعطاه الوصى للورثة باقيا في أيديهم كان للموصى له الرجوع عليهم بقدر نصيبه وهو ثلث ما أعطاهم ، وإن كان هالكا كان الموصى له بالخيار في تضمين الحصة التي دفعها الوصى إلى الورثة ، إن شاء ضمن القابض بالقبض ، وإن شاء ضمن الدافع بالدفع ، فإن لم يكن دفع حصة الورثة إليهم حتى هلك الكل في يد الوصى لم يكن للموصى له أن يضمن الوصى شيئا لبقاء حكم الأمانة في المال فكذا في هلاك قدر نصيبه ، إلى هذا أشار الإمام المحبوبي ، إلى هنا لفظ النهاية . وقال في المحيط البرهاني : فإن هلك حصة الموصى له في يد الوصى وبقي نصيب الورثة كان للموصى له أن يأخذ ثلث ما بقي في يد الورثة ، وإن هلك حصة الورثة في يد الورثة وهلك حصة الموصى له في يد الوصى أيضا فما هلك في يد الورثة من حصة الموصى له فالموصى له بالخيار ، إن شاء ضمن الوصى ، وإن شاء ضمن الوارث انتهى (قوله وإن كان الميت أوصى بحصة فقاسم الورثة فهلك ما في يده الخ) قال صاحب النهاية في شرح

(ر قوله حتى يردّ بالعيب) أي فيما اشتراه المورث (ويردّ عليه) أي فيما باعه المورث ويصير مغرورا بشراء المورث ، فإنه إذا اشترى تجارية مات ثم استولدها الوارث ثم استحققت التجارية فإنه يرجع على بائع الميت ، ولو لم يكن خليفة لما رجع ، كما لو باعها المورث من آخر والمسئلة بحالها فإن المشتري يرجع على بائعه دون بائع بائعه ليس بخليفة عن بائعه حتى يكون غروره كغروره (وقوله غير أن الوصى لا يضمن) جواب سؤال تقديره إذا كانت القسمة غير صحيحة كان تصرفه غير مشروع وهلك المال بعد ذلك الفعل الذي هو غير مشروع فيجب الضمان ، كما لو تعدى على المال واستهلكه . ووجه الجواب ما قال لأنه أمين فيه ، وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة الخ ، وفيه إشارة إلى أنه لا ضمان عليه إذا كان ما أفرزه للورثة في يده ، لأن الحفظ إنما يتصور في ذلك . أما لو سلمه إليهم فالموصى له بالخيار إن شاء ضمن القابض بالقبض وإن شاء ضمن الدافع بالدفع ، كذا في النهاية . فإن قاسم الورثة كان معلوما من سياق كلامه ، ولكن ذكره لكونه لفظ الجامع الصغير (وقوله لما بينا) إشارة إلى قوله لأن القسمة لم تنفذ عليه (قال وإن كان الميت أوصى بحصة الخ) رجل مات وترك أربعة آلاف

(قوله وفيه إشارة إلى أنه لا ضمان عليه إذا كان ما أفرزه للورثة في يده) أقول : لا يقال هذا مخالف لما ذكره سابقا من قوله فأعطي الورثة حقهم لأنه يتنافى بأدنى تأمل .

عنه فضاء في يده) وقال أبو يوسف : إن كان مستغرقا للثالث لم يرجع بشيء . وإلا يرجع بهام الثالث . وقال محمد : لا يرجع بشيء لأن القسمة حق الموصى . ولو أفرز الموصى بنفسه مالا ليحج عنه فهل لا يلزمه شيء وبطلت الوصية . فكذا إذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه . ولأبي يوسف أن محل الوصية الثالث فيجب تنفيذها ما بقي محلها ، وإذا لم يبق بطلت لفوات محلها . ولأبي حنيفة أن القسمة لا تتراد لذاتها بل المقصودها وهو تأدية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما إذا هلك قبل القسمة فيحج بثلاث ما بقي . ولأن تمامها بالتسليم إلى الجهة المسماة . إذ لا قابض لها ، فإذا لم يصرف إلى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها . قال (ومن أوصى بثلاث ألف درهم فدفعها الورثة إلى القاضى فقسّمها والموصى له غائب فقسّمته جائزة) لأن الوصية صحيحة . ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضى نصب ناظرا لاسيما في حق الموتى والغيب . ومن النظر لإفراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح ، حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل . قال (وإذا باع الوصى عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز) لأن الوصى قائم مقام

هذا المحل : وإن كان الميت أوصى بحجة فقامم الورثة : أى قاسم الوصى الورثة فهل ما في يده : أى ما في يد الحاج فالوصى والحاج مدلول عليهما غير مذكور بهما . واقتضى أثره صاحب معراج الدراية . أقول : ليس هذا الشرح بصحيح ، إذ لو رجع ضمير ما في يده إلى الحاج فصار المعنى فهل ما في يد الحاج كما صرح به الشارحان المذكوران لزم أن يكون قوله فبا بعد وكذلك إن دفعه إلى رجل ليحج عنه فضاء من بده مستدر كما لا يخفى . والصواب أن ضمير ما في يده في قوله فهل ما في يده راجع إلى الوصى ، فحينئذ ينتظم المعنى ولا يلزم الاستدراك في قوله الآتى كما ترى (قوله وقال محمد : لا يرجع بشيء لأن القسمة حق الموصى ، ولو أفرز الموصى بنفسه مالا ليحج عنه فهل لا يلزمه شيء وبطلت الوصية ، فكذلك إذا أفرزه وصيه الذى قام مقامه) قال بعض المتأخرين : قلت هذا قياس مع الفارق ، لأن الموصى غير ملزم بشيء إذ له الرجوع عن الوصية رأسا ، فلا يلزم من عدم لزوم شيء لهذا عدم لزومه لذلك انتهى . أقول : ليس هذا بشيء ، فإن الموصى وإن لم يكن ملزما بشيء في حال حياته إلا أنه تلزم وصيته بعد مماته فتنفذ من ثلث تركته البتة ، والمراد بما ذكر في دليل محمد هو أن الموصى لو أفرز بنفسه مالا ليحج عنه فهل ذلك المال لا يؤخذ بشيء من تركته بعد مماته بل يبطل وصيته أصلا . وقد أفصح عنه صاحب الغاية حيث قال في تقريره : وأما مذهب محمد فهو أن دفع الوصى بمنزلة دفع الميت ، وأو أن الميت هو الذى دفع

درهم وأوصى أن يحج عنه وكان مقدار الحج ألف درهم فأخذ الوصى ألفا ودفعها إلى الذى يحج عنه فسرقت في الطريق قال أبو حنيفة : يؤخذ ثلث ما بقي من التركة وهو ألف درهم ، فإن سرقت ثانيا يؤخذ ثلث ما بقي مرة أخرى هكذا . وقال أبو يوسف : يؤخذ ما بقي من ثلث جميع المال وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم ، فإن سرقت ثانيا لا يؤخذ مرة أخرى . وقال محمد : إذا سرقت الألف الأولى بطلت الوصية فلا يؤخذ منه مرة أخرى . ووجه ذلك مذکور في الكتاب وهو واضح . وقوله (ومن أوصى بثلاث ألف درهم) واضح على ما ذكره في الكتاب ، وذكر الإمام المحبوبي أن هذا الجواب فيما إذا كانت التركة مما يكال أو يوزن ، لأن القسمة فيه تمييز لا مبادلة حتى ينفرد أحد الشريكين من غير قضاء ولا رضا ، ويجوز لأحدهما أن يبيع نصيبه مراجعة على ما قام عليه من الثمن ، فأما فيما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لأن القسمة فيه مبادلة كالبيع ، وبيع مال الغائب لا يجوز فكذا قسمته . قلت : وضع المسئلة في الدراهم لعله إشارة إلى ذلك فإنها مما يوزن . وقوله (وإذا باع الوصى عبدا من التركة) ذكره للفرق بينها وبين ما إذا باع المولى أو وصيه عبده المأذون له المديون بغير محضر من غرماء العبد ، فإن ذلك لا يجوز لأن لغريم العبد هناك حقا في استسعاء العبد وبعد البيع لا يبيى ، فكان في البيع لإبطال حق الغرماء فلا ينفذ بغير إجازتهم . وأما هاهنا فليس لغريم المولى حق في استسعاء العبد ، إنما حقه في استيفاء الدين من الثمن فلم يكن البيع مبطلا حق الغريم بل يكون محققا له ، لأن

الموصى . ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وإن كان في مرض موته فكذلك إذا تولاه من قام مقامه . وهذا لأن حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها إلى خلف وهو الثمن : بخلاف العبد المديون لأن للغرماء حق الاستسعاء وأما هاهنا فبخلافه . قال (ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصى وقبض الثمن فضاع في يده فاستحق العبد ضمن الوصى) لأنه هو العاقد فتكون العهدة عليه . وهذه عهدة لأن المشتري منه ما رضى ببذل الثمن إلا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد أخذ الوصى البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده . قال (ويرجع فيما ترك الميت) لأنه عامل له فيرجع عليه كالوكيل . وكان أبو حنيفة يقول أولا : لا يرجع لأنه ضمن بقبضه . ثم رجع إلى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة . وعن محمد أنه يرجع في الثلث لأن الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها . ومحل الوصية الثالث . وجه الظاهر أنه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة . بخلاف القاضى أو أمينه إذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه ، لأن في إلزامها القاضى تعطيل القضاء ، إذ يتحاشى عن تقلد هذه الأمانة حللا عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة وأمينه سفير عنه كالرسول ، ولا كذلك الوصى لأنه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء . فإن كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما إذا كان على الميت دين آخر . قال (وإن قسم الوصى الميراث فأصاب صغيرا من الورثة عيب فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجوع في مال الصغير) لأنه عامل له ، ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه . قال (وإذا احتال الوصى بمال اليتيم فإن كان خيرا لليتيم جاز) وهو أن يكون أملا ،

قبل موته إلى رجل مالا ليحج عنه فسرق المال لا يؤخذ من تركته مرة أخرى ، كذلك هذا انتهى . فكأن ذلك القائل فهم من ظاهر قول المصنف في تقرير دليل محمد لا يلزمه شيء أن يكون المراد أنه لا يؤخذ من نفس الموصى شيء في حال حياته فوقع

حقه في الدراهم أو الدنانير لافي عين العبد وبالبيع يحصل . وقوله (ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء) يعنى إذا باع بمثل قيمته . وقوله (ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين) ظاهر . وقوله (لأنه ضمنه بقبضه) أى لا يعمل آخر يكون للورثة ، لأن باستحقاق العبد تبين بطلان الوصية فلم يكن عاملا للموصى ولا لورثته . وقوله (لأن الرجوع بحكم الوصية) لأن البيع كان لتنفيذ الوصية فكان حكمه حكم الوصية والوصية تنفذ من الثلث . وقوله (أنه يرجع عليه بحكم الغرور) أى بحكم أن الميت غره بقوله هذا ملكي فإنه لما أمره ببيعه والتصدق بثمنه كان قائلا هذا العبد ملكي فكان الوصى مغرورا من جهته فكان ذلك الضمان دينا على الميت والدين يقضى من جميع التركة . وقوله (وقد مر في كتاب القضاء) يعنى في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو قواه وإذا باع القاضى أو أمينه عبدا للغرماء الخ . وقوله (فإن كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء) أى لا على الورثة ولا على المساكين إن كان تصدق عليهم ، لأن البيع لم يقع إلا للميت فصار كما إذا كان على الميت دين آخر ، وذكر في الذخيرة محالا إلى المنتقى أن الوصى يرجع على المساكين ، والقياس هكذا لأن غنم تصرف الوصى عاد إليهم فالغرم يجب أن يكون عليهم . وهذه الرواية تخالف رواية الجامع الصغير . ووجه رواية الجامع الصغير أن الميت أصل في غنم هذا التصرف وهو الثواب والفقير تبع له (وقوله فإن قسم الوصى الميراث الخ) ظاهر ، وكذا قوله (وإذا احتال الوصى بمال اليتيم) ولم يذكر ما إذا كان المحيل والمحال عليه سواء في الملاءة . وذكر في الذخيرة أن فيه اختلاف

(قال المصنف : لأنه هو العاقد فتكون العهدة عليه) أقول : العهدة استحقاق حقوق تلزم بالعقد ، وقيل هى نفس العقد لأن العقد والعهد سواء . والعهدة اتبعت أيضا غير أن في حقوق العباد المقصود منها المال وفي حقوق الله تعالى المقصود استحقاق الأداء ، كذا في كشف البردوى وذكر في المنرب . وقولهم عهدة على فلان فعلة بمعنى مفعول ، ومعناه : ما أدرك فيه من دبرك فأصلحاه عليه .

إذ الولاية نظرية ، وإن كان الأول أملاً لا يجوز لأن فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه . قال (ولا يجوز بيع الوصى ولا شراؤه إلا بما يتغابن الناس في مثله) لأنه لا ينظر في الغبن الفاحش ، بخلاف البير لأنه لا يمكن التحرز عنه ، ففي اعتباره انسداد بابه . والنصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة لأنهم يتصرفون بحكم المالكية ، والإذن فك الحجر . بخلاف الوصى لأنه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظراً فيتعقد بموضع النظر . وعندهما لا يمكنه لأن التصرف بالفاحش منه تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من أهله (وإذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة) لأن ذلك أحوط ، ولو كتب جملة عسى أن يكتب الشاهد شهادته في آخره من غير تفصيل فيصير ذلك حملاً له على الكذب . ثم قيل : يكتب اشترى من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان وصى فلان لما بينا . وقيل لا بأس بذلك لأن الوصاية تعلم ظاهراً . قال (وبيع الوصى على الكبير الغائب جائز في كل شيء إلا في العقار)

فما وقع (قوله لأنهم يتصرفون بحكم المالكية ، والإذن فك الحجر) قال صاحب العناية في حل هذا التعليل : لأنهم يتصرفون بحكم المالكية : أى يتصرفون بأهليتهم لأمر المولى ، لأن الإذن فك الحجر ، فلم يكن تصرفهم نيابة عن أحد انتهى . وأورد بعض الفضلاء على قوله لأن الإذن فك الحجر بأن قال : فيه بحث ، فإن الكلام كان عاماً للصبي المأذون والمكاتب انتهى . أقول : ليس هذا بوارد . إذ لا شك أن المدعى كان عاماً للصبي المأذون والمكاتب . إلا أن قوله لأن الإذن فك الحجر يصلح أن يكون تعليلاً في حقهما أيضاً . أما في حق الصبي المأذون فظاهر : لأن الإذن في حقه فك الحجر الثابت له بسبب صباه . كما أن الإذن في حق العبد المأذون فك الحجر الثابت له بسبب رقه كما تقرر في كتاب المأذون . وأما في حق المكاتب فلأنه وإن لم يكن مأذوناً صراحة إلا أنه صار مأذوناً في ضمن عقد الكتابة لا محالة ، فإن أداء بدل الكتابة بدون ثبوت الإذن له في الكسب محال . والإذن في الشرع فك الحجر وإسقاط الحق لا غير عندنا كما مر في أول كتاب المأذون فلا غبار في التعليل المزبور

المشايع . ومن لا يجوز به يحتاج للفرق بينه وبين مالهو باع الوصى مال اليتيم بمثل قيمته من أجنبي فإنه جائز على ما ينجى . والفرق أن البيع معاوضة من كل وجه والوصى يملكها إذا لم يكن فيها غبن فاحش . فأما الحوالة فليست كذلك لجوازها بالمسلم فيه وبرأس مال السلم . ولو كانت معاوضة من كل وجه كان استبدالاً بالمسلم فيه وبرأس المال وهو لا يصح ، وإذا لم يكن مبادلة كانت كالحبة بشرط العوض والوصى لا يملكها من مال اليتيم عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف ، فيجب أن يكون هذا أيضاً على ذلك . وقوله (ولا يجوز بيع الوصى) واضح ولم يذكر ما إذا اشترى الوصى من مال الصغير شيئاً لنفسه أو باع من اليتيم شيئاً من ماله هل يجوز أو لا . إن كان فيه منفعة ظاهرة جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف في إحدى الروايتين عنه ، وتفسير المنفعة الظاهرة أن يبيع ما يساوى خمسة عشر بعشرة من الصغير ويشترى ما يساوى عشرة بخمسة عشر فصاعداً وعند محمد وعلى أظهر الروايتين عن أبي يوسف لا يجوز على كل حال (وقوله والنصبي المأذون له والعبد المأذون له والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة لأنهم يتصرفون بحكم المالكية) أى يتصرفون بأهليتهم لأمر المولى . لأن الإذن فك الحجر فلم يكن تصرفهم نيابة عن أحد . بخلاف الوصى على ما ذكر في الكتاب عملاً بقوله تعالى - ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن - قال (وإذا كتب كتاب الشراء على وصي) هذا تعليم لكتاب الحقوق والشهود لنفى تهمة شهادة الزور وهو واضح . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن ذلك أحوط . وقوله (وبيع الوصى على الكبير الغائب) قيد بالكبير ، لأن الورثة إذا كانوا صغاراً جاز للوصى أن يبيع من تركه الميت العروض والعقار على جواب السلف كما ذكرناه من قبل سواء كانوا حاضرين أو غيباً

(قوله لأن الإذن فك الحجر) أقول : فيه بحث ، فإن الكلام كان عاماً للصبي المأذون والمكاتب .

لأن الأب يلى ما سواه ولا يليه ، فكذا وصيه فيه . وكان القياس أن لا يملك الوصى غير العقار أيضا لأنه لا يملكه الأب على الكبير ، إلا أنا استحسانا لما أنه حفظ لتسارع الفساد إليه . وحفظ الثمن أيسر وهو يملك الحفظ ، أما العقار فمحصن بنفسه . قال (ولا يتجر في المال) لأن الموقض إليه الحفظ دون التجارة . وقال أبو يوسف ومحمد : وصى الأخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصى الأب في الكبير الغائب ، وكذا وصى الأم ووصى العم . وهذا الجواب في تركه هؤلاء لأن وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم .

(قوله وكان القياس أن لا يملك الوصى غير العقار أيضا لأنه يملكه الأب على الكبير) قال صاحب الكفاية : قوله لأنه لا يملكه الأب على الكبير في صورة التناقض لقوله لأن الأب يلى ما سواه ويتفصى عنه بأن الأب لا يملكه بالولاية الحقيقية ويملكه بجهة الحفظ والنظر انتهى . أقول : ما ذكره في وجه التفصى عن التناقض ليس بتمام ، لأن الوصى أيضا لا يملك غير العقار على الكبير بالولاية الحقيقية ، بل إنما يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر كما يدل عليه وجه الاستحسان المذكور في الكتاب ، فإن كان معنى قول المصنف وكان القياس أن لا يملك الوصى غير العقار أيضا أنه كان القياس أن لا يملكه الوصى بجهة الحفظ والنظر أيضا كما هو الظاهر من السباق والسياق لزم أن يكون معنى قوله لأنه لا يملكه الأب على الكبير : أى لا يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر أيضا ، وهذا يناقض ما ذكره الشارح المزبور في وجه التفصى عن التناقض كما لا يخفى ، وإن كان معنى ذلك كان القياس أن لا يملكه الوصى بالولاية الحقيقية وهو يشعر بأن يكون ذلك القياس متروكا مع أنه لم يترك قط ، إذ لم يقل أحد بأن الوصى يملكه

وقال المتأخرون : إنما يجوز للوصى بيع عقار الصغير إذا كان على الميت دين لا وفاء له إلا من ثمن العقار ، أو يكون للصغير حاجة لثمن العقار ، أو يرغب المشتري في شرائه بضعف القيمة . وقيد بالغيبة لأنهم إذا كانوا حضورا ليس للوصى التصرف في التركة أصلا ، لكن يتقاضى ديون الميت ويقبض حقوقه ويدفع إلى الورثة ، إلا إذا كان على الميت دين أو أوصى بوصية ولم يقبض الورثة الديون ولم ينفذوا الوصية من مالهم فإنه يبيع التركة كلها إن كان الدين محيطا أو بمقدار الدين إن لم يحيط ، وله بيع ما زاد على الدين أيضا عند أبي حنيفة خلافا لهما وتنفيذ الوصية بمقدار الثلث ولوباع لتنفيذها شيئا من التركة جاز بمقدارها بالإجماع وفي الزيادة الخلاف المذكور في الدين . وقوله (لأن الأب يلى ما سواه) دليل المسئلة وهو واضح ولكن هذا المذكور حكم المسئلة إذ لم يكن على التركة دين مستغرق فإن كان وهو مستغرق فله أن يبيع الجميع لأنه لا يمكنه قضاء الديون إلا بالبيع فكان مأمورا بالبيع من جهة الوصى . وإن كان غير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار والزيادة عليه من المنقول بالاتفاق ، ومن العقار أيضا عند أبي حنيفة خلافا لهما . قال في منع بيع الزيادة : إن جوازها للحاجة ولا حاجة إلى بيع الزائد فلا يجوز . واستحسن أبو حنيفة فقال : الولاية هاهنا بسبب الوصاية وهي لا تنتجأ . فثبت له الولاية في بيع البعض تثبت في الباقي ، ولأن في بيع البعض إضرارا لتعيب الباقي فكان في بيع الكل توفير المنفعة عليهم ، ولو وصى ولاية ذلك في نصيب الكبير ، ألا يرى أنه يملك الحفظ وبيع المنقولات حال غيبته لما فيه من المنفعة . فإن قلت : قد علم حكم المسئلة إذا كانت الورثة كبارا بعبارة الكتاب وإذا كانوا صغارا بمفهومه ، فما حكمها إذا كانوا صغارا وكبارا . قلت : حكمها أن كبارا إذا كانوا غيبا وخلت التركة عن دين ووصية فالوصى يبيع المنقول بالإجماع وبيع حصص الصغار من العقار ، وأما بيع حصص كبار منه فعلى الخلاف الذى مر ، وإن اشتغلت بدين مستغرق يبيع المنقول والعقار جميعا ، وبغير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار جميعا ، وفي الزيادة الخلاف وإن كانوا حضورا وكانت التركة خالية عن الدين يبيع حصص الصغار من العقار بالإجماع ، وفي بيع حصص كبار الخلاف ، وإن كانت مشغولة بدين مستغرق يبيع الكل وبغير مستغرق بقدره والزيادة على الخلاف . وقوله (ولا يتجر في المال) ظاهر . وقوله (وهذا الجواب في تركه هؤلاء) يعنى الأخ والأم والعم ، وإنما قيد بتركة هؤلاء لأن وصى هؤلاء فيما ترك الأب ليس

(قال المصنف : وكان القياس أن لا يملك الوصى غير العقار أيضا لأنه لا يملكه الأب على الكبير) أقول : يتناقض ظاهره لقوله لأن الأب

قال (والوصى أحق بمال الصغير من الجدد) وقال الشافعي : الجدد أحق لأن الشرع أقامه مقام الأب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيقدم على وصيه . ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالأب نفسه ، وهذا لأن اختياره الوصى مع علمه بقيام الجدد يدل على أن تصرفه أنظر لبنيه من تصرف أبيه (فإن لم يوص الأب فالجدة بمنزلة الأب) لأنه أقرب الناس إليه وأشفقهم عليه حتى يملك الإنكاح دون وصى ، غير أنه يقدم عليه وصى الأب في التصرف لما بيناه .

(فصل في الشهادة)

قال (وإذا شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى فلان معهما فالشهادة باطلة) لأنهما متهمان فيها لإثباتهما

على الكبير بالولاية الحقيقية . فالوجه في تقرير هذا الحل ما ذكره الإمام الزيلعي في التبيين حيث قال : وكان القياس أن لا يملك الوصى غير العقار أيضا ولا الأب كما لا يملكه على الكبير الحاضر ، إلا أنه لما كان فيه حفظ ماله جاز استحسانا فيما يتسارع إليه الفساد ، لأن حفظ ثمنه أيسر وهو يملك الحفظ فكذا وصيه . وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه إلى البيع انتهى . ثم إن بعض الفضلاء بعد أن نقل ما في الكفاية رده بوجه آخر حيث قال : ولا يوافقه قوله ولا يليه انتهى . أقول : هذا ساقط إذ لا نسلم أن قول المصنف فيما قبل ولا يليه لا يوافق ما في الكفاية من التوجيه ، فإن معناه ولا يلي الأب العقار كما يلي غيره إذ في غيره حفظ ماله وهو يملك الحفظ ، وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا يليه ، وهذا لا ينافي ما في الكفاية بل يوافقه كما لا يخفى على ذي فطنة .

(فصل الشهادة في الوصية)

قال صاحب النهاية : لما لم تكن الشهادة في الوصية أمرا مختصا بالوصية أخر ذكرها لعدم عراقتها فيها انتهى . واقتنى أثره صاحب العناية نقلا عنه . أقول : ليس ذلك بسديد ، لأن الذي لا يختص بالوصية إنما هو مطلق الشهادة ، وأما الشهادة في الوصية فمختصة بها قطعاً فلا معنى لقوله لما لم تكن الشهادة في الوصية أمرا مختصا بالوصية كما لا يخفى . والظاهر في وجه التأخير ما ذكره

كوصى الأب في الكبير الغائب ، فإن وصى الأم لا يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغير عن أبيه ، العقار والمنقول في ذلك سواء لأنه قائم مقام الأم والأم حال حياتها لا يملك بيع ما ورثه الصغير المنقول والعقار المشغول بالدين والحالي عنه فكذلك وصيها وأما ما ورثه الصغير من الأم فلو وصيها فيه بيع المنقول دون العقار ، لأن له ولاية الحفظ ، وبيع المنقول من الحفظ دون العقار إذا لم يكن على التركة دين أو وصية . أما إذا كان دين فإن كان مستغرقا فله بيع الكل ودخل بيع العقار تحت ولايته لأن بيع العقار طريق قضاء الدين وقضاء الدين دخل تحت ولايته ، وإن لم يكن مستغرقا يبيع بقدر الدين ، وأما بيع الزيادة على قدر الدين فعلى الاختلاف المار ، وهذا الجواب بعينه هو الجواب عن وصى الأخ والعم ، لأنه كما لا ولاية للأم على الصغير في المال فكذا لا ولاية للأخ والعم عليه . وقوله (والوصى أحق بمال الصغير من الجدد الخ) ظاهر . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه الخ .

(فصل في الشهادة)

قال في النهاية : لما لم تكن الشهادة في الوصية أمرا مختصا بالوصية أخر ذكرها لعدم عراقتها فيها . وقوله (وإذا شهد الوصيان) ظاهر .

بلى ما سواه ، ويتضمن عند بآن الأب لا يملكه بالولاية الحقيقية ويملكه بجهة الحفظ والنظر ، كذا في الكفاية ، ولا يوافقه قوله ولا يليه .

(فصل في الشهادة في الوصية)

معينا لأنفسهما . قال (إلا أن يدعيها المشهود له) وهذا استحسان . وهو في القياس كالأول لما بينا من التهمة . وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصى ابتداء أو ضم آخر إليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما موثقة التعيين عنه . أما الوصاية تثبت بنصب القاضي .

صاحب الغاية حيث قال : وإنما أخر ذكر الشهادة في الوصية لكونها عارضة غير أصلية لأن الأصل عدم العارض انتهى (قوله وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصى ابتداء أو ضم آخر إليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما موثقة التعيين عنه . أما الوصاية تثبت بنصب القاضي) قال صاحب النهاية : فإن قيل : إذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج إلى أن ينصب عن الميت وصيا آخر . فإذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة إذا تمكنت التهمة فيه . قلنا : القاضي وإن كان لا يحتاج إلى نصب الوصى لكن الموصى إليهما متى شهدا بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبير لنا في هذا المال إلا بالثالث . فأشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثمة وصى وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا . كذا ذكره الإمام المحبوبي في باب القضاء بالشهادة من قضاء الجامع الصغير . إلى هنا لفظ النهاية . واقتنى أثر ذلك جماعة من الشراح منهم صاحب العناية . أقول : كل من السؤال والجواب منظور فيه عندي . أما السؤال فلا اتجاه له أصلا : فإن الوصيين اللذين نصبهما الميت إذا كانا عاجزين عن القيام بالوصية فللقاضي أن يضم إليهما وصيا آخر بلا ريب كما تقرر في أوائل باب الوصى وما يملكه . وإذا لم يكونا عاجزين عنه ولكن سأل القاضي أن يضم إليهما الآخر ورضى به الآخر فله أيضا أن يضم إليهما الآخر كما صرح به في كثير من المعترات . وأشار إليه المصنف هنا بقوله أو ضم آخر إليهما برضاه . قال تاج الشريعة في شرحه : يعنى لو سألنا من القاضي أن يجعل هذا الرجل وصيا معهما برضاه فعلى القاضي أن يجيبهما في ذلك انتهى . ثم إن هذا حال الضم إلى الوصيين مطلقا . وأما فيما نحن فيه فيجب على القاضي أن يضم الثالث إليهما البتة وإن بطلت شهادتهما كما نص عليه في عامة المعترات . منها التبيين فإنه قال فيه : فإذا ردت شهادتهما ضم القاضي إليهما ثالثا . لأن في ضمن شهادتهما إقرار منهما بوصى آخر معهما للميت ، وإقرارهما بحجة على أنفسهما فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه فصار في حقهما بمنزلة ما لو مات أحد الأوصياء الثلاثة . ثم قال في بيان وجه الاستحسان في صورة قبول شهادتهما : وجه الاستحسان أنه يجب على القاضي أن يضم إليهما ثالثا على ما بينا آنفا فيسقط بشهادتهما موثقة التعيين عنه فيكون وصيا معهما بنصب القاضي إياه انتهى . ومنها المحيط فإنه قال فيه : قال في الأصل : وإذا كذبهما المشهود عليه أدخلت معهما رجلا آخر سوى المشهود عليه : من مشايخنا من قال ما ذكر أنه يدخل معهما ثالثا قول قول أبي حنيفة ومحمد . وأما عند أبي يوسف لا يدخل معهما ثالثا . ومنهم من يقول لا . بل المذكور في الكتاب قولهم جميعا وهو الظاهر . فإنه لم يحك فيه خلافا . وإن صدقهما وقال لا أقبل الوصية قال أدخلت معهما ثالثا . بخلاف ما لو قبل ثم أنى فإنه لا يعمل رده وإياؤه . إلى هنا لفظ المحيط . وأما الجواب فلأن قياس ما نحن فيه على ما لم يكن ثمة وصى بقوله وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا قياس مع الفارق إذ لا تهمة هناك وفيما نحن فيه تهمة كما بينوا . وأيضاً القاضي يحتاج هناك إلى نصب الوصى وهنا لا يحتاج إليه في زعم الحبيب . فأين هذا من ذلك . ومجرد المشابهة في جهة لا يصحح القياس كما لا يخفى . ثم إن بعض المتأخرين استشكل هذا المقام بوجه آخر فقال فيه : إن وجوب كون المضمون هذا المدعى أثر شهادة المتهم مع أنه لا تقبل شهادة المتهم فكيف يترتب عليها أثرانتهى . أقول : هذا ليس بشيء ، لأن شهادة المتهم إنما لا تقبل في إثبات حق شرعي وإيجابه ، لا في إسقاط شيء كموثقة التعيين فيما نحن فيه فإن شهادتهما تسقط عن القاضي موثقة التعيين وإن لم تثبت الوصاية كما أشار إليه

وقوله (وجه الاستحسان الخ) اعترض عليه بأنه إذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج إلى أن ينصب عن الميت وصيا آخر ، فإذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة إذا تمكنت فيه الشبهة . وأجيب بأن القاضي وإن كان لا يحتاج إلى نصب الوصى لكن الموصى إليهما متى شهدا بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبير لنا في هذا المال إلا بالثالث ، فأشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثمة وصى وهناك تقبل الشهادة ، فكذلك هاهنا ، ومعنى قبول الشهادة إسقاط موثقة التعيين ،

قال (وكذلك الابنان) معناه إذا شهدا أن الميت أوصى إلى رجل وهو ينكر لأيهما يجزان إلى أنفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة (ولو شهدا) يعنى الوصيين (لوارث صغير بشيء من مال الميت أو غيره فشهادتهما باطلة) لأيهما يظهران ولاية التصرف لأنفسهما في المشهود به . قال (وإن شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجز ، وإن كان في غير مال الميت جاز) وهذا عند أبي حنيفة ، وقالوا : إن شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين ، لأنه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة إذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة . وله أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحقق التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لانتقطاع ولاية وصي الأب عنه ، لأن الميت أقامه مقام نفسه في تركته لافي غيرها . قال (وإذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين

المصنف بقوله فتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه . أما الوصاية تثبت بنصب القاضي ، وكم من شيء يكون حجة في الدفع ولا يكون حجة في الإثبات كالاستصحاب ونحوه فيجوز أن تكون شهادة المتهم أيضا كذلك فيترتب عليها أثر الدفع ، ولقد أفصح عنه صاحب الغاية هنا حيث قال : وجه الاستحسان أن القاضي ملك نصب الوصي إذا كان طالبا والموت معروفا فلا يثبت القاضي بهذه الشهادة ولاية لم تكن ، وإنما أسقطت عنه مؤنة التعيين . ومثاله أن القرعة ليست بحجة ، ويجوز استعمالها في تعيين الأنصبة لدفع التهمة عن القاضي فصلحت دافعة لاموجبة ، فكذلك هذه الشهادة تدفع عنه مؤنة التهمة ، انتهى (قوله وكذلك الابنان) قال الشراح : قوله وكذلك الابنان معطوف على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطلة اه . أقول : تفسير المصنف قوله وكذلك الابنان بقوله معناه إذا شهدا أن الميت أوصى إلى رجل وهو ينكر يقتضي أيضا بظاهره أن يكون قوله وكذلك الابنان معطوفا على قوله فالشهادة باطلة ، لأن الحكم في صورة الإنكار بطلان الشهادة لا غير . لكن لم يظهر لي ما دعاهم إلى جعل قوله وكذلك الابنان معطوفا على المستثنى منه فقط دون مجموع المستثنى والمستثنى منه مع صحة المعنى في الثاني أيضا وزيادة الإفادة إذ يصير المعنى إذ ذاك وكذلك حكم شهادة الابنين في صورة أن ينكر المشهود له ما شهدا به ، وفي صورة أن يدعيه فإن شهادتهما تبطل في الصورة الأولى وتقبل في الصورة الثانية استحسانا وهذا جيد جدا فإن جواب مسألة شهادة الابنين كجواب مسألة شهادة الوصيين في الصورتين معا كما صرح به في عامة الكتب ، وأما إذا جعل قوله وكذلك الابنان معطوفا على المستثنى منه فقط يلزم أن تكون إحدى صورتى مسألة شهادة الابنين متروكة البيان في الكتاب بالكلية من غير ضرورة ، ولا يخفى ما فيه . فالحق عندي أنه معطوف على المجموع لا محالة (قوله بخلاف شهادتهما في غير التركة لانتقطاع ولاية وصي الأب عنه ، لأن الميت أقامه مقام نفسه في تركته لافي غيرها) أقول : لقائل أن يقول : هذا التعليل يقتضي أن تجوز شهادتهما لوارث صغير أيضا في غير تركة عند أبي حنيفة لجريانه بعينه هناك أيضا مع أن عدم جواز شهادتهما لوارث صغير بشيء من تركة الميت وغيرها متفق في الكتاب آنفا فليتأمل في الدفع (قوله وإذا شهد رجلان لرجلين على ميت إلى آخر الفصل) قال في العناية : جنس

صاية تثبت بنصب القاضي . وقوله (وكذلك الابنان) معطوف على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطلة ، وقوله (وكذا شهدا يعنى الوصيين الخ) واضح . وقوله (وإذا شهد رجلان لرجلين) جنس هذه المسائل أربعة أوجه : الأول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين . والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شائع من التركة كالشهادة بألف مرسلة أو بثلث المال . والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو أن يشهدا لرجلين بجمارية ويشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد . والرابع وهو المذكور في الكتاب آخره هو أن يشهدا لرجلين بعين ويشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسلة أو بثلث المال ، ومبنى ذلك كله على تهمة الشراكة ، فما تثبت فيه التهمة لا تقبل فيه الشهادة وهو الثاني والرابع ، وما لم تثبت فيه التهمة قبلت كالثالث

(قوله معطوف على المستثنى منه وهو قوله والشهادة باطلة) أقول : يعنى أنه معطوف عليه بعد تقييده بالشرط كما قيل في عطف قوله تعالى - ولا يستأخرون - .

ألف درهم وشهد الآخران للأولين بمثل ذلك جازت شهادتهما . فإن كانت شهادة كل فريق للآخر بوصية ألف درهم لم تجز) وهذا قول أبي حنيفة وحمد . وقال أبو يوسف : لا تقبل في الدين أيضا . وأبو حنيفة فيما ذكر الخصاف مع أبي يوسف . وعن أبي يوسف مثل قول محمد . وجه القبول أن الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شئ فلا شركة . ولهذا لو تبرع أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة . وجه الرد أن الدين بالموت يتعاق بالتركة إذ الذمة خربت بالموت . ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة . بخلاف حال حياة المدين لأنه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة . قال (ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين بعبد جازت الشهادة بالاتفاق) لأنه لا شركة فلا تهمة (ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بثلاث ماله وشهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلاث ماله فالشهادة باطلة ، وكذا إذا شهد الأولان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما أنه أوصى للأولين بثلاث ماله فهي باطلة) لأن الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة .

هذه المسائل أربعة أوجه : الأول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين . والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شائع من التركة كالشهادة بألف مرسلة أو بثلاث المال . والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو أن يشهدا رجلين بجارية ويشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد . والرابع وهو المذكور في الكتاب آخره هو أن يشهدا لرجلين بعين ويشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسلة أو بثلاث المال . ومبنى ذلك كله على تهمة الشركة . فثبت في التهمة لا تقبل الشهادة فيه وهو الثاني والرابع ، وما لم يثبت فيه التهمة قبلت كما في الثالث على ما ذكر في الكتاب . وأما الوجه الأول فقد وقع الاختلاف فيه بناء على ذلك أيضا انتهى . أقول : تقسيم صاحب العناية وتقريره هنا مختل ؛ لأنه إن أراد بالأوجه الأقسام الكلية فهي ثلاثة لا غير : أحدها ما اتفقوا على جوازه . وثانيها ما اتفقوا على عدم جوازه . وثالثها ما اختلفوا فيه . وما عده وجهها رابعا داخل في القسم الثاني لا محالة . وإن أراد بها الأمثلة فهي خمسة لا أربعة كما يدل عليه عبارة الكتاب ، فلا وجه لجعل الاثنين منها وجهها واحدا ، على أن قوله الأول ما اختلفوا فيه ، والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه ، والثالث ما اتفقوا على جوازه لا يساعد كون مراده بالأوجه هو الأمثلة ، بل يقتضي كون مراده بها هو الأقسام الكلية المذكورة كما لا يخفى . ثم إن صاحبي النهاية والكفاية وإن ذهبا أيضا إلى كون الأوجه في جنس هذه المسائل الأربعة ، إلا أن تقريرهما لا يناق كون المراد بالأوجه هو الأمثلة والمسائل دون الأقسام الكلية والأصول كما ينافيه تقرير صاحب العناية فإنهما قالاه : وجنس هذه المسائل على أربعة أوجه : في الوجه الأول تقبل الشهادة بالإجماع ، وهو أن يشهد الرجلان بوصية عين لرجلين كالعبد ويشهد الموصى لهما لهذين الشاهدين بوصية عين أخرى كالجارية لأنه لا شركة للمشهود فيه فلا تتمكن التهمة . وفي الوجه الثاني لا تقبل بالإجماع ، وهو أن يشهد الرجلان بالوصية بجزء شائع كالموصية بثلاث ماله ويشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسلة أيضا . وفي الوجه الثالث لا تقبل أيضا . وهو أن يشهد الرجلان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعين كالعبد ويشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين الأولين بثلاث ماله ، لأن الشهادة

على ما ذكر في الكتاب . وأما الوجه الأول فقد وقع الاختلاف فيه بناء على ذلك أيضا ، فوجه القبول وهو الذي ثبت عليه الإمام محمد ولم يطرد أن الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شئ فلا شركة ، ولهذا لو تبرع أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة . ووجه الرد أن الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة به ، ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة شاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة ، بخلاف حال حياة المدين لأنه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق للشركة .

(كتاب الخنثى)

مثبتة للشركة . وفي الوجه الرابع اختلفوا فيه : وهو الشهادة بالدين انتهى تدبر تفهم . ثم إن الحق أن ثلث القسمة هنا كما فعاها الفقيه أبو الليث في كتاب نكت الوصايا حيث قال : وإذا شهد أربعة نفر شهد هذان لهذين وهذان لهذين على الميت فإن هذا على ثلاثة أوجه : في وجه تقبل شهادتهما بالاتفاق : وفي وجه لا تقبل بالاتفاق : وفي وجه اختلفوا فيه ، ثم فصل كل وجه بأمثله ودليله . وكما فصله شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد حيث قال : وهاتنا ثلاثة فصول : أحدها ما لا تقبل فيه الشهادة بالاتفاق ، والثاني ما تقبل فيه الشهادة بالاتفاق ، والثالث ما اختلفوا فيه وبين كل واحد منها تأمل

(كتاب الخنثى)

قال في النهاية : لما فرغ من بيان أحكام من له آلة واحدة في المبال من آلتى النساء والرجال شرع في بيان أحكام من له آلتان فيه . وقدم ذكر الأول لما أن الواحد قبل الاثنين . أولاً لأن الأول هو الأعم والأغلب وهذا كالتأدي فيه انتهى . أقول : فيه بحث . أما أولاً فلأن ما ذكر في الكتب السالفة من الأحكام ليس بمخصوص بمن له آلة واحدة ، بل يعم من له آلة واحدة ومن له آلتان ؛ ألا يرى أن الأحكام المسارة في كتاب الوصايا مثلاً جارية بأسرها في حق الخنثى أيضاً ، وكذلك الحال في أحكام سائر الكتب المتقدمة كلها أو جلها . فما معنى قوله لما فرغ من بيان أحكام من له آلة واحدة شرع في بيان أحكام من له آلتان . وأما ثانياً فلأن قوله شرع في بيان أحكام من له آلتان ليس بتمام ، إذ جعل المصنف لكتاب الخنثى فصلين ، ووضع الفصل الأول لبيان والفصل الثاني لأحكامه حيث قال : فصل في بيانه . ثم قال : فصل في أحكامه ، فهو في هذا الكتاب إنما شرع حقيقة في بيان من له آلتان لا في بيان أحكامه . وإنما ذكر أحكامه في الفصل الثاني بعد أن ذكر بيان نفسه في الفصل الأول ، وإن صح أن يقال شرع في أحكامه أيضاً بتأويل ما فاعنى تخصيص الشروع بالثاني في قوله شرع في بيان حكم من له آلتان ، ويمكن التوجيه بعناية فتأمل . وقال في العناية : لما فرغ من بيان أحكام من غلب وجوده ذكر أحكام من هو نادر الوجود اه . أقول : يتجه عليه أيضاً ما ذكرناه آنفاً من البحث الأول بل بعض البحث الثاني أيضاً فتأمل . وقال في غاية البيان : أخر كتاب الخنثى لوقوعه نادراً لأن الأصل أن يكون لكل شخص آلة واحدة ، إما آلة الرجل ، وإما آلة الأنثى ، واجتماع الآلتين في شخص واحد في غاية الندرة ، ولكن قد يقع ذلك فيحتاج إلى بيان حكمه ، فلأجل هذا ذكره وأخبره عن سائر الكتب لندرة وقلة الاحتياج إلى بيانه اه . أقول : هذا جيد إلا قوله وقلة الاحتياج إلى بيانه ، فإن ما يكون نادر الوقوع وخلاف المعتاد يكون أحوج إلى البيان لكونه بعيداً عن الأذهان موقوفاً حاله على أمر خفى . وعن هذا قال في النهاية : ومن محاسن أحكام الخنثى ترك الإهمال في البيان وإن ندر وجوده في الأزمان .

(كتاب الخنثى)

(كتاب الخنثى)

(فصل في بيانه)

قال (وإذا كان له ولود فرج وذكر فهو خنثى . فإن كان يبول من الذكر فهو غلام . وإن كان يبول من الفرج فهو أنثى) « لأن النبي عليه الصلاة والسلام سئل عنه كيف يورث ؟ فقال من حيث يبول » وعن علي رضي الله عنه مثله . ولأن البول من أى عضو كان فهو دلالة على أنه هو العضو الأصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب (وإن بال منهما فالحكم للأسبق) لأن ذلك دلالة أخرى على أنه هو العضو الأصلي (وإن كانا في السبق على السواء فلا معتبر بالكثرة عند أبي حنيفة . وقالوا : ينسب إلى أكثرهما بولا) لأنه علامة قوة

(فصل في بيانه)

قال صاحب العناية : فإن قيل : الفصل إنما يذكر لقطع شيء من شيء آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما ، وهما هنا لم يتقدم شيء فما وجه ذكر الفصل . قلت : كلامه في قوة أن يقال : هذا الكتاب فيه فصلان : فصل في بيان الخنثى وفصل في أحكامه ، وما ذكرت إنما هو في وقوعه في التفصيل لا في الإجمال اهـ . وقال بعض المتأخرين بعد نقل هذا السؤال والجواب : ولك أن تقول انفصال طائفة من المسائل عن أخرى منها يستلزم انفصال الأخرى عن الأولى ، فإذا عنونت الثانية بالفصل كما هو المعتاد كان ذلك في قوة تنويع الأولى به أيضا وإن لم يصرح به في العادة ، لكن صرح به هنا إشارة في أول الوهلة إلى أن هنا فصلا آخر يذكر بعينه وهو ما ذكره بقوله فصل في أحكامه فتأمل انتهى . أقول : هذا كلام خارج عن سنن السداد . أما أولا فلأن الفصل إنما يذكر لقطع شيء من شيء آخر تقدم عليه لا لقطعه من شيء آخر مطلقا ، وقد أشار إليه صاحب العناية بقوله وهنا لم يتقدم شيء فما وجه ذكر الفصل ؟ فاستلزام انفصال طائفة من المسائل عن أخرى منها انفصال الأخرى عن الأولى إنما يقتضي تحقق معنى الانفصال مطلقا في الأولى لا تحقق الانفصال عما تقدم في الأولى أيضا كما لا يخفى ، والفصل إنما يذكر لقطع شيء من شيء آخر تقدم عليه فلا يتم التقريب . وأما ثانيا فلأنه كيف يحصل بالتصريح بالفصل هنا الإشارة في أول الوهلة إلى هنا فصلا آخر يذكر بعينه وذكر فصل لا يقتضي ذكر فصل آخر لا في اللغة ولا في العرف ، وإلا لزم أن يقتضي ذكر فصل في أحكامه ذكر فصل آخر أيضا بعينه ولم يذكر بعده فصل آخر قطعا ، وعن هذا تراهم يذكرون في كثير من المواضع فصلا واحدا ولا يذكرون بعده فصلا آخر أصلا .

(فصل في بيانه)

لما فرغ من بيان أحكام من غالب وجوده ذكر أحكام من هو نادر الوجود . ذكر في المغرب أن تركيب الخنثى يدل على لين وتكسر ومنه الخنثى وخنثى في كلامه . فإن قيل : الفصل إنما يذكر لقطع شيء من شيء آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما . وهما هنا لم يتقدم شيء فما وجه ذكر الفصل ؟ قلت : كلامه في قوة أن يقال هذا الكتاب فيه فصلان : فصل في بيان الخنثى ، وفصل في أحكامه . وما ذكرت إنما هو في وقوعه في التفصيل لا في الإجمال (قال وإذا كان الخ) أى قال القدورى : إذا كان للموادر فرج وذكر فهو خنثى ، والظاهر أن الواو الواقعة في أول الكلام للاستثنا وكلامه ظاهر . وقوله (فهو دلالة على أنه هو العضو الأصلي الصحيح) وجه الدلالة أن الله تعالى خلق في الحيوان كل عضو لمنفعة ، ومنفعة هاتين الآتين عند الانفصال من الأم ليست إلا خروج البول منهما ، وما سوى ذلك من المنافع يحدث بعد ذلك ، فعرفنا أن المنفعة الأصلية للآلة كونها مبالا ، فإذا بال من أحدهما عرف أن الآلة التي هي للفصل في حقه هذه والآخر زيادة خرق في البدن فكان بمنزلة العيب والباقي ظاهر . وحاصله إن ظهرت علامة الرجال فهو رجل ، وإن ظهرت علامة النساء فهو امرأة ، وإن لم يظهر شيء أو تعارضت العلامات فهو خنثى مشكل ، وهذا يرفع ما يقال : لا إشكال بعد البلوغ إلا إذا أريد به الغالب .

ذلك العضو وكونه عضوا أصليا ، ولأن للأكثر حكم الكل في أصول الشرع فيترجح بالكثرة . وله أن كثرة الخروج ليس يدل على القوة . لأنه قد يكون لاتساع في أحدهما وضيق في الآخر . وإن كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لأنه لا مرجح . قال (وإذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية أو وصل إلى النساء فهو رجل) وكذا إذا احتلم كما يحتلم الرجل أو كان له ثدى مستو : لأن هذه من علامات الذكرا (ولو ظهر له ثدى كثنى المرأة أو نزل له لبن في ثديه أو حاض أو حبل أو أمكن الوصول إليه من الفرج فهو امرأة) لأن هذه من علامات النساء (وإن لم يظهر إحدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل) وكذا إذا تعارضت هذه المعالم .

(فصل في أحكامه)

قال رضى الله عنه : الأصل في الخنثى المشكل أن يؤخذ فيه بالأحوط والأوثق في أمور الدين ، وأن لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته . قال (وإذا وقف خلف الإمام قام بين صف الرجال والنساء) لاحتمال أنه امرأة فلا يتدخل الرجال كي لا يفسد صلاتهم ولا النساء لاحتمال أنه رجل فتفسد صلاته (فإن قام في صف النساء فأحب إلى أن يعيد صلاته) لاحتمال أنه رجل (وإن قام في صف الرجال فصلاته تامة ويعيد الذى عن

(فصل في أحكامه)

أى في أحكام الخنثى المشكل . وهو الذى لم تظهر فيه إحدى العلامات ، وتعارضت اللامات لأن غير المشكل إما أن يكون رجلا أو امرأة . وحكم كل واحد منهما معلوم فيما مضى من الكتب على وجه التفصيل (قوله وإذا وقف خلف الإمام قام بين صف الرجال والنساء) هذا لفظ القدورى في مختصره . قال المصنف في تعليقه (لاحتمال أنه امرأة فلا يتدخل الرجال كي لا يفسد صلاتهم ، ولا النساء لاحتمال أنه رجل فتفسد صلاته) أقول : في تحرير هذا التعليق نوع خلل ، لأن قوله ولا النساء عطف على الرجال في قوله فلا يتدخل الرجال . وقوله فلا يتدخل الرجال متفرع على قوله لاحتمال أنه امرأة لأنه معطوف فيلزم أن يكون قوله ولا النساء متفرعا أيضا على قوله لاحتمال أنه امرأة ، لأن المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر إلى ما قبله ، فيصير الحاصل لاحتمال أنه امرأة فلا يتدخل الرجال ولا النساء . ولا شك أنه لا معنى لتفرع عدم تخلله النساء على قوله لاحتمال أنه امرأة ، إذ لا تأثير لاحتمال أنه امرأة في عدم تخلله النساء ، بل مجرد احتمال أنه امرأة مما يجوز تخلله النساء . وإنما التأثير في عدم تخلله النساء لاحتمال أنه رجل . وكان صاحب الكافي ذاق هذه البشاعة فغير تحرير المصنف في التعليق حيث قال : وإن وقف خلف الإمام قام بين صف الرجال والنساء فلا يتدخل الرجال حتى لا يفسد صلاتهم لاحتمال أنه امرأة ، ولا يتدخل النساء حتى تفسد صلاته لاحتمال أنه رجل انتهى (قوله فإن قام في صف النساء فأحب إلى أن يعيد صلاته لاحتمال أنه رجل) هذا لفظ محمد في الأصل

(فصل في أحكامه)

لما كان الغرض من ذكر الخنثى معرفة أحكام الخنثى المشكل ، لأن غير المشكل إما أن يكون رجلا أو امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم . ذكر في هذا الفصل أحكامه فقال (الأصل في الخنثى المشكل) ولم يقل المشككة ، لأنه لما لم يعلم تذكيره وتأنيته والأصل هو الذكر لأن حواء خلقت من ضلع آدم اعتبره ، فإن قام في صف النساء فأحب إلى أن يعيد صلاته لاحتمال أنه رجل) قيل : وإنما قال باستحباب إعادة الصلاة ولم يقل بالوجوب والأخذ بالاحتياط في باب العبادات أولى ، لأن المسقط وهو الأداء معلوم ، والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة في صلاة مشتركة موهوم ، فللوهوم أحب له أن يعيد الصلاة . فإن قيل :

(فصل في أحكامه)

يمينه وعن يساره والذي خلفه بخذائه صلاحتهم احتياطا) لاحتمال أنه امرأة . قال (وأحب إلينا أن يصلى بفتاح) لأنه يحتمل أنه امرأة (ويجلس في صلاته جلوس المرأة) لأنه إن كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة . وإن كان امرأة فقد ارتكب مكروها لأن السر على النساء واجب ما أمكن (وإن صلى بغير فتاح أمرته أن يعيد) لاحتمال أنه امرأة وهو على الاستحباب وإن لم يعد أجزأه (وتبتاع له أمة تختنه إن كان له مال) لأنه يباح للمملوكة النظر إليه رجلا كان أو امرأة . ويكره أن يختنه رجل لأنه عساه أنثى أو تختنه امرأة لأنه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا (وإن لم يكن له مال ابتاع له الإمام أمة من بيت المال) لأنه أعدّ لنوائب المسلمين

قال جمهور الشراح : إنما قال باستحباب إعادة الصلاة دون الوجوب والأخذ بالاحتياط في باب العبادات واجب ، لأن المسقط وهو الأداء معلوم ، والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة في صلاة مشتركة موهوم ، فالتوهم أحب له أن يعيد الصلاة انتهى . وعزاه في النهاية والكفاية إلى المبسوط . أقول : فيه نظر ، إذ لا يذهب على ذى فطنة أن كون المفسد موهوما لا يرفع وجوب إعادة الصلاة عند تقرير كون الأخذ بالاحتياط واجبا في باب العبادات كما صرحوا به ، فإن الاحتياط يقتضى الاحتراز عن الموهوم أيضا ، فالظاهر عندى ما ذكر في الذخيرة ونقله الشراح هنا عنها ، وهو أن قوله فأحب إلى أن يعيد صلاته فيما إذا كان الخشعي المشكل مراهما ، فإن الإعادة مستحبة في حقه تخلقا واعتيادا . وأما إذا كان بالغاً فالإعادة واجبة لأنه إن كان ذكرا كان عليه الإعادة ، وإن كان أنثى لم تلزمه الإعادة فتجب الإعادة احتياطا على ما هو الحكم في باب العبادات (قوله ويجلس في صلاته جلوس المرأة ، لأنه إن كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة ، وإن كان امرأة فقد ارتكب مكروها لأن السر على النساء واجب ما أمكن) أقول : في هذا التعليل كلام . وهو أنه إن أراد بقوله وهو جائز في الجملة أنه جائز بلا عذر فهو ممنوع بل مكروه ، وإن أراد به أنه جائز بعذر كما صرح به في الكافي حيث قال : وهو جائز في الجملة عند العذر ، وكما صرح به في المبسوط والذخيرة ، وبين وجه العذر هنا حيث قال : لأن الرجل يجلس كذلك عند العذر واشتباه الحال من أبيين الأعذاراه . فهو مسلم لكن يرد حينئذ على قوله وإن كان امرأة فقد ارتكب مكروها أن يقال : ارتكاب المكروه أيضا جائز عند العذر ، واشتباه الحال من أبيين الأعذاراهما الرجحان في جلوسه جلوس المرأة فتأمل في الدفع (قوله وتبتاع له أمة تختنه إن كان له مال لأنه يباح للمملوكة النظر إليه رجلا كان أو امرأة) قال صاحب النهاية : هذا التعليل وإن كان صحيحا في حق الرجل ولكن هو فاسد

الخشعي إذا كان مراهما فلا إعادة عليه وإن أفسدها ، فإن كان بالغاً فالإعادة واجبة . لأنه إن كان ذكرا وجب الإعادة : وإن كان أنثى لا يلزمه فتجب احتياطا ، فما وجه قوله أحب إلى أن يعيد . أجيب بأن مراده إذا كان مراهما فالإعادة مستحبة تخلقا واعتيادا ، وأما إذا كان بالغاً فالإعادة واجبة ، كذا في الذخيرة ، فعلى هذا التقدير تكون إعادة من على يمينه ويساره وخلفه وبخذه إذا قام في صف الرجال واجبة ، لكن ذكر في المبسوط أن المراد بالإعادة هو الإعادة على طريق الاستحباب لما بينا أن محاذاة الرجل المرأة في حقهم موهوم . وقوله (وأحب إلينا أن يصلى بفتاح) يعنى إذا كان مراهما ، وأما إذا بلغ بالسن فذاك واجب . وقوله (وهو على الاستحباب) يعنى إذا كان غير بالغ ، وأما إذا بلغ بالسن ولم يظهر فيه شيء من علامات الرجال أو النساء فالإعادة واجبة . وقوله (لأنه يباح للمملوكة النظر إليه رجلا كان أو امرأة) قيل فيه نظر ، لأنه وإن كان صحيحا في حق الرجل لكنه فاسد في حق المرأة ، لأن الأمة لا يباح لها النظر إلى مواضع العورة من سيدتها . بل لها أن تنظر من مولاتها إلى ما لها أن تنظر إليه من الأجنبية . والصواب في التعليل وإن كان أنثى فإنه نظر الجنس إلى الجنس وهو أحق منه إلى خلاف الجنس ، فليس للملك تأثير في إباحة نظر المملوكة إلى سيدتها . فإن قيل : فلو زوجوه المولى امرأة بهمهر يسير أغنته عن شراء الجارية بثمن كثير لحصول ما هو المقصود على هذا التقدير . أجيب بأن محمدا لم يقل ذلك لعدم الثيقن بصحة النكاح مالم

(قوله قيل فيه نظر ، إلى قوله : فليس للملك تأثير في إباحة نظر المملوكة إلى سيدتها) أقول : نعم الأمر كما قال وقد مر تفصيله في كتاب

(فإذا ختنته باعها ورد ثمنها في بيت المال) لوقوع الاستغناء عنها (ويكره له في حياته لبس الحلي والحبر ، وأن يتكشف قدّام الرجال أو قدّام النساء .

في حق المرأة ، لأن الأمة لا يباح لها النظر إلى مواضع العورة من سيدتها مطلقا : لأنه ذكر في استحباب المبسوط أن للأمة أن تنظر إلى مولاتها كما للأجنبيات ، فعلم بهذا أنه لا تأثير للملك في إباحة النظر إلى سيدتها . والأولى في التعليل هنا ما ذكره في المبسوط والذخيرة فقال : لأنه متى اشترى الولي جارية للخنثى فإنه يملكها الخنثى ، ثم إن كان الخنثى ذكرا فهذا نظر المملوكة إلى مالكيها ، وإن كان الخنثى أنثى فإنه نظر الجنس إلى الجنس وإنه مباح حالة العذر ، فعلم بهذا أن شراء الجارية له على تقدير أن يكون الخنثى أنثى ، باعتبار أن نظر الجنس إلى الجنس أخف من نظره إلى خلاف الجنس : لا أن يكون للملك تأثير في إباحة نظر المملوكة إلى سيدتها ، إلى هنا لفظ النهاية . وقال صاحب الغاية بعد أن نقل اعتراض صاحب النهاية على تعليل المصنف : وفيه نظر ، لأن ذلك في حالة الاختيار لا في حالة العذر ، ولهذا لو أصاب المرأة قرح أو جرح في موضع لا يحل النظر إليه تدأويه المرأة ، وكذا نظر القابلة إلى فرج المرأة وقت الولادة يحل : فإذا جاز النظر بالعذر لإقامة السنة أيضا عذر لها أن تنظر إلى فرجها انتهى . أقول : نظره ساقط ، إذ يشترك في جواز النظر بالعذر إلى موضع العورة من الأمة المرأة والحرّة والمملوكة وغير المملوكة ، فلم يكن للملك تأثير في إباحة نظر المملوكة إلى سيدتها أصلا . وتعليل المصنف بقوله لأنه يباح لمملوكته النظر إليه رجلا كان أو امرأة يشعر لاحتمال بتأثير الملك في إباحة النظر إلى سيدتها كتأثيره في إباحة النظر إلى سيدتها ، فيردّ عليه ما قاله صاحب النهاية من أن هذا صحيح في حق الرجل فاسد في حق المرأة : وعن هذا أمضاه جماعة من الشراح منهم صاحب العناية ، وقال صاحب الكافي في التعليل : لأنه يباح لمملوكته النظر إلى ذكره إن كان رجلا (قوله ويكره له في حياته لبس الحلي والحبر) قال صاحب النهاية : وليس في قيد قوله في حياته زيادة فائدة ، لأن الحياة تستفاد من ذكر اللبس ومن ذكر اختصاص الكراهة لما أن بعد الموت لو وجد ذلك اللباس لا لبس ، والكراهة بعد الموت للميت لا للميت ، وقد اقتفى أثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية وقصد صاحب العناية ردّ ذلك فقال بعد نقله وهو مناقشة سهلة لأنه ليس كل ما يذكر في التراكيب يكون قيّدا للإخراج بلحواز أن يكون بعضها بيانا للواقع انتهى . أقول : ليس هذا بشيء لأن حاصل دخل صاحب النهاية أن قوله في حياته قيد مستدرك لافائدة فيه هنا لانفهام معناه مما ذكر فيما قبله وما بعده ، ولا يذهب عليك أن كونه بيانا للواقع لا يدفع استدراكه وعدم الفائدة في ذكره إذا كان الواقع مبيّنا بدونه ، فالوجه في الاعتذار عن ذكره ما ذكره هؤلاء الشراح أنفسهم حيث قالوا : إلا أن المصنف تبع في ذلك لفظ المبسوط ، وإنما وقع في لفظ المبسوط ذلك لأنه ذكر هذه المسئلة بعد ذكر تكفين الخنثى إذا مات فكان ذكر الحياة هناك لتبيين المقابلة لا للقيّد انتهى (قوله وأن يتكشف قدّام الرجال أو قدّام النساء) قال جمهور الشراح : وهذه المسئلة تدل على أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى ذوات محارمه لا كنظر الرجل إلى

يتبين أمره ، ومع هذا لو فعل كان صحيحا لأن الخنثى إن كان امرأة فهذا نظر الجنس إلى الجنس والنكاح لغو ، وإن كان ذكرا فهو نظر المنكوحه إلى زوجها (وقوله ويكره له في حياته لبس الحبر) قيل : لا فائدة لقوله في حياته فإنه لا لبس بعد الموت ، وإنما هو لباس فكان معناه مفهوما من قوله لبس ، وهو مناقشة سهلة لأنه ليس كل ما يذكر في التراكيب يكون قيّدا للإخراج بلحواز أن يكون بعضها بيانا للواقع ، وإنما كره ذلك لأن لبس الحبر حرام على الرجال دون النساء وحاله لم يتبين بعد فيؤخذ بالاحتياط ، فإن الاجتناب عن الحرام فرض والإقدام على المباح مباح فيكره اللبس حذرا عن الوقوع في الحرام . وقوله (وأن يتكشف قدّام الرجال أو قدّام النساء) يعني إذا كان مراهما ، والمراد بالانكشاف هو أن يكون في إزار واحد لا إبداء موضع العورة ، لأن ذلك لا يحل لغير الأنثى أيضا . وهذه المسئلة تدل على أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى ذوات محارمه

الكراهية في مسائل النظر ، إلا أنه يمكن أن يجاب عنه بأن مراد المصنف من قوله لأنه يباح للمملوكة النظر إلى رجلها كان أو امرأة إباحة النظر لسيدها مطلقا ولسيدتها بالضرورة ، فحيث لا يتدفق الإشكال بالكلية (قوله يعني إذا كان مراهما) إلى قوله : لأن ذلك لا يحل لغير الخنثى أيضا) أقول : إذا كان الكلام في المراهق فأفعاله لا توصف بالحل والحرمه .

وأن يخلو به غير محرم من رجل أو امرأة . وأن يسافر من غير محرم من الرجال (توقيا عن احتمال المحرم (وإن أحرم وقد راهق قال أبو يوسف : لا علم لي في لباسه) لأنه إن كان ذكرا يكره له لبس المخيط . وإن كان أنثى يكره له تركه (وقال محمد : يلبس لباس المرأة) لأن ترك لبس المخيط وهو امرأة أفحش من لبسه وشو رجل . ولا شيء عليه لأنه لم يبلغ (ومن حلف بطلاق أو عتاق إن كان أول ولد تالدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين أمر الخنثى) لأن الحنث لا يثبت بالشك (ولو قال كل عبد لي حرّ أو قال كل أمة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين أمره) لما قلنا (وإن قال القولين جميعا عتق) لليقن بأحد الصفتين لأنه ليس بمهمس (وإن قال الخنثى أنا رجل أو أنا امرأة لم يقبل قوله إذا كان مشكلا) لأنه دعوى يخالف قضية الدليل (وإن لم يكن مشكلا ينبغي أن يقبل قوله) لأنه أعلم بحاله من غيره (وإن مات قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل ولا امرأة) لأن حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء (فيتوقى لاحتمال الحرمة ويصم بالصعيد) لتعذر الغسل (ولا يحضر إن كان مراهما غسل رجل ولا امرأة) لاحتمال أنه ذكر أو أنثى (وإن سجد قبره فهو أحب) لأنه إن كان أنثى يقيم واجبا . وإن كان ذكرا فالتسجعة لا تنضره .

الرجل ، لأنه لو كان كنظر الرجل إلى الرجل لحاز للخنثى التكشف للنساء : فإنه ليس المراد من التكشف إبداء موضع العورة لأن ذلك لا يخلو لغير الخنثى أيضا . ولكن المراد أن يكون في إزار واحد انتهى . وهكذا ذكره شمس الأئمة السرخسى في شرح الكافي للحاكم الشهيد كما نقله صاحب الغاية . أقول : ليس هذا بنام عندي إذ على تقدير كون نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى الرجل على ما هو الأصح من الروايتين كما نص عليه المصنف في كتاب الكراهية يصح الحكم على الخنثى المشكل بعدم جواز أن يتكشف للنساء أيضا بناء على رواية كون نظر المرأة إلى الرجل كنظر الرجل إلى ذوات محارمه كما ذكرها المصنف في كتاب الكراهية نقلا عن كتاب الخنثى من الأصل : إذ على هذه الرواية لا يجوز له التكشف للنساء لاحتمال كونه رجلا . كما لا يجوز له التكشف للرجال لاحتمال كونه امرأة . فلم يكن في هذه المسئلة دلالة على أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى ذوات محارمه لا كنظر الرجل إلى الرجل ، بل جواز أن يكون مبنها كون نظر المرأة إلى الرجل كنظر الرجل إلى ذوات محارمه لا كون نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى ذوات محارمه كما زعموا تبصر (قوله وإن لم يكن مشكلا ينبغي أن يقبل قوله لأنه أعلم بحاله من غيره) قال صاحب الغاية : وفي هذا التعليل نظرا ، لأنه إنما لا يكون مشكلا إذا ظهرت فيه إحدى العلامات ، فعند ظهورها

لا كنظر الرجل إلى الرجل ، لأنه لو كان كنظر الرجل إلى الرجل لحاز له التكشف للنساء في إزار واحد . وقوله (وأن يخلو به) أى يكره أن يخلو به (غير محرم من رجل أو امرأة) لقوله صلى الله عليه وسلم « ألا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فإن ثالثهما الشيطان » وأمره في ذلك محتمل نظرا إلى حاله . وقوله (لا علم لي في لباسه) يعنى لاشتباه حاله وعدم المرجح ، وقول محمد ظاهر . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأن الحنث لا يثبت بالشك . وقوله (وإن قال بالقولين) يعنى أن يقول كل عبد لي وكل أمة لي فهو حر . وقوله (لأنه ليس بمهمس) يعنى أنه في الواقع ليس بخال عن أحد الحالين . وقوله (لأنه دعوى يخالف قضية الدليل) لأنه يقتضى بقاء الإشكال وهو لا يعلم في ذلك من نفسه خلاف ما لم يعلم به غيره . وقوله (ينبغي أن يقبل) إنما قال بلفظ ينبغي لأن حكمه غير مذکور فلم يتيقن به (وقوله لأن حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء) أى غسل الرجل المرأة وعكسه غير ثابت في الشرع ، فإن النظر إلى العورة حرام والحرمة لم تنكشف بالموت ، إلا أن نظر الجنس إلى الجنس أخف فلا أجل للضرورة أبيح نظر الجنس عند الغسل ، والمراهق كالبالغ في وجوب ستر عورته ، فإن كان مشكلا لم يعرف له جنس فتعذر غسله فصار بمنزلة من تعذر غسله لعدم ما يغسل به فيصم بالصعيد . وهو نظير امرأة ماتت بين رجال أو عكسه فإنه

(قال المصنف : لم يقبل قوله إذا كان مشكلا ، إلى قوله : فإن لم يكن مشكلا الخ) أقول : يعنى إن علم الإشكال أو لم يعلم الإشكال (قال المصنف : لأنه أعلم بحاله من غيره) أقول : قال الإيتافى : وفيه نظر : لأنه إنما لا يكون مشكلا إذا ظهرت فيه إحدى العلامات ،

(وإذا مات فصلى عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مائة إلى الإمام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤم عن الرجل) لاحتمال أنه امرأة (ويقدم على المرأة) لاحتمال أنه رجل (ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل) لاحتمال أنه امرأة (ويجعل بينهما حاجز من صعيد ، وإن كان مع امرأة قدم الخنثى) لاحتمال أنه رجل (وإن جعل على السرير نعش المرأة فهو أحب إلى) لاحتمال أنه عورة ، ويكفن كما تكفن الجارية وهو أحب إلى) يعنى يكفن في خمسة أثواب لأنه إذا كان أثني فقد أقيمت سنة ، وإن كان ذكرا فقد زادوا على الثلاث ولا بأس بذلك . ولو مات أبوه وخلف ابنا فالمال بينهما عند أبي حنيفة أثلاثا للابن سهمان ، وللخنثى سهم وهو أثني عنده في الميراث إلا أن يتبين غير ذلك (وقالوا : للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أثني وهو قول الشعبي . واختلفا في قياس قوله قال محمد : المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة

يحكم بأنه ذكر أو أثني . فلا حاجة إلى قوله بعد ذلك انتهى . أقول : مدار هذا النظر على عدم فهم مراد المصنف فإن مراده بقوله وإن لم يكن مشكلا : وإن لم يعلم أنه مشكل لاعلم أنه ليس بمشكل : لأن معنى قوله فيما قبل إذا كان مشكلا : إذا كان قد علم أنه مشكل كما صرح به الشارح المذكور نقلا عن الحاكم الشهيد ، وبدل عليه أيضا قول المصنف في تعليل ذلك لأنه دعوى تخالف قضية الدليل ، فإن مخالفة دعواه قضية الدليل إنما يتصور فيما إذا كان قد علم أنه مشكل ، فإذا كان معنى قوله فيما قبل إذا كان مشكلا ، إذا كان قد علم أنه مشكل يكون معنى قوله هنا وإن لم يكن مشكلا : وإن لم يعلم أنه مشكل ، لأنه هو المقابل لما قبله فيسقط النظر قطعا ، إذ لا يلزم من أن لا يعلم أنه مشكل أن يعلم أنه ليس بمشكل حتى يحكم بأنه ذكر أو أثني بلا

ييمم بالصعيد مع الخرقعة إن ييمم الأجنبي ، وبغيرها إن كان ذا رحم محرم من الميت ، وينظر الميمم إلى وجهه ويعرض وجهه عن ذراعيه لحواز أن يكون امرأة ، ولا يشترى جارية للغسل كما كان يفعل للخنثى ، لأنه بعد الموت لا يقبل المالكية فالشراء غير مفيد بخلاف الشراء للخنثى فإنه في حال الحياة وله أهلية المالكية فيها . وقوله (وضع الرجل مائة إلى الإمام والخنثى خلفه) يعنى اعتبارا بحال الحياة ، لأنه يقوم بين صف الرجال والنساء ، فكان في القرب من الإمام بعد درجة ، فكذلك في حال الممات والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم « ليلينى منكم أولو الأحلام والنهى » (ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل) يعنى يقدم الرجل إلى جانب القبلة لأن جهتها أشرف ، فالرجل للتقريب إليه أولى ، وقد جاء في الحديث « أنه صلى الله عليه وسلم أمر بتقديم أكثرهم أخذ للقرآن جانب القبلة » (ويجعل بينهما حاجز من صعيد) ليصير ذلك في حكم قبرين . وقوله (وإن جعل على السرير نعش المرأة) النعش شبه المحفة مشتبك يطبق على المرأة إذا وضعت على الخنازة ، وقد تقدم في كتاب الصلاة . وقوله (وإن كان ذكرا فقد زادوا على الثلاث) فلا بذلك بأس ، لأن عدد الكفن معتبر بعدد الثياب في حال الحياة ، فالزيادة على الثلاثة في الكفن للرجل غير ضائرة كما في حال الحياة ، فإن للرجل أن يلبس حال حياته أزيد على الثلاثة ، وأما إذا كان أثني كان في الاقتصار على الثلاثة ترك السنة ، فإن السنة في كفنها خمسة أثواب (قال ولو مات أبوه وخلف ابنا) اعلم أن الشيخ أبا الحسن القدورى ذكر قول محمد مع أبي يوسف ، وكذلك أثبت المصنف في الكتاب ، وكذا ذكره الشيخ أبو نصر البغدادي ، وفي عامة الكتب ذكر قول محمد مع أبي حنيفة . ولكن أبو يوسف ومحمد اختلفا في تخريج قول الشعبي ، فمحمد فسره على وجهه ولم يأخذه به . وأبو يوسف فسره على وجهه ولم يأخذه به ، وهو أن يجعل المسئلة على سبعة ، ثم رجع عن ذلك وفسره على وجه آخر ، وهو تفسير محمد بأن يجعل على اثني عشر وأخذه به ، وكان قول أبي يوسف أو لا كقول أبي حنيفة ومحمد

لهما ظهرها يحكم بأنه ذكر أو أثني ، فلا حاجة إلى قوله بعد ذلك انتهى . وجوابه أن المراد إذا لم يعلم كونه مشكلا كما أشرنا إليه فافهم .

والخنثى خمسة . وقال أبو يوسف : المال بينهما على سبعة للابن أربعة وللخنثى ثلاثة . لأن الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى ثلاثة الأرباع . فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب بثلاثة وذلك يضرب بأربعة فيكون سبعة . ولحمد أن الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما نصفين . وإن كان أنثى يكون المال بينهما أثلاثا احتجنا إلى حساب له نصف وثلث . وأقل ذلك ستة . ففي حال يكون المال بينهما نصفين لكل واحد ثلاثة . وفي حال يكون أثلاثا للخنثى سهمان وللابن أربعة . فسهمان للخنثى ثابتان بيقين . ووقع الشك في السهم الزائد فيتنصف فيكون له سهمان ونصف فانكسر فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة . ولأبي حنيفة أن الحاجة هاهنا إلى إثبات المال ابتداء . والأقل وهو ميراث الأنثى متيقن به ، وفيما زاد عليه شك ، فأثبتنا المتيقن قصرا عليه لأن المال لا يجب بالشك وصار كما

حاجة إلى قول نفسه ، بل يجوز أن لا يعلم أنه مشكل أم لا بأن لا يعلم ظهور إحدى العلامات ولا عدم ظهورها ، فحينئذ تتحقق الحاجة إلى قول نفسه وهو مسألة الكتاب هنا ، ومحل التعليل بقوله لأنه أعلم بحاله من غيره فلا غبار فيه . والعجب منه أنه بعد أن حسب معنى المقام ما يبتنى عليه نظره كيف أورد النظر على التعليل دون نفس المسئلة وهي أحق بوروده عليها على مدار فهمه معنى المقام بأن يقال لا معنى لهذه المسئلة ، لأنه إنما لا يكون مشكلا إذا ظهرت فيه إحدى العلامات . فبعد ظهورها يحكم بأنه

فنقول على ما ذكر في الكتاب إذا مات أبو الخنثى وترك ابنا فالمال بينهما أثلاثا عند أبي حنيفة للابن سهمان وللخنثى سهم وهو اثني عشر عنده في الميراث إلا أن يتبين غير ذلك : أي غير كونه أنثى لظهور إحدى علامات الذكور بلا معارض فحينئذ يعتبر ذكرا . وقالا : للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى . وهو قول الشعبي وابن أبي ليلى والثوري وهو مذهب ابن عباس . واختلفا في قياس قول الشعبي قال محمد : المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة . وقال أبو يوسف : المال بينهما على سبعة للابن أربعة وللخنثى ثلاثة ، لأن الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلاثة الأرباع : لأن الخنثى في حال ابن وفي حال بنت ، وللبنت في الميراث نصف الابن فيجعل له نصف كل حال فيكون له ثلاثة أرباع نصيب ابن فيضرب بخروج الربع وهو أربعة في سهم وثلاثة أرباع سهم يحصل سبعة للخنثى ثلاثة وللابن أربعة . ولحمد أن الخنثى لو كان ذكرا كان المال بينهما نصفين ، وإن كان أنثى أثلاثا فاحتجنا إلى حساب له نصف وثلث صحيح . وأقل ذلك ستة ، ففي حال المال بينهما نصفين لكل واحد ثلاثة أسهم . وفي حال أثلاثا سهمان للخنثى وأربعة للابن ، فسهمان للخنثى ثابتان بيقين والسهم الزائد وقع فيه الشك فيتنصف فيكون له سهمان ونصف سهم ، ولزم الكسر النصف فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة . وفي تأخير قول محمد إشارة من المصنف إلى اختياره ، وذلك لأن الكل متفقون على تقليل نصيبه ، وما ذهب إليه محمد أقل مما ذهب إليه أبو يوسف بسهم من أربعة وثمانين سهما . وطريق معرفته أن تضرب السبعة في اثني عشر حيث لا موافقة بينهما يبلغ المجموع أربعة وثمانين ، ثم اضرب حصص من كان له شيء من السبعة في اثني عشر وحصص الخنثى منه ثلاثة فاضربه في اثني عشر يبلغ ستة وثلاثين ، واضرب حصص من كان له شيء من اثني عشر في السبعة وللخنثى منه خمسة فاضربه في سبعة يكون خمسة وثلاثين ، فظهر أن التفاوت بسهم من أربعة وثمانين ، كذا أفاده الإمام حميد الدين (ولأبي حنيفة أن الحاجة هاهنا إلى إثبات المال ابتداء) لأنه لا بد من بيان سبب استحقاقه بالذكورة أو الأنوثة ، ولا شيء منهما معلوم ، وإثبات المال ابتداء بدون سبب محقق غير مشروع فلا بد من البناء على المتيقن (والأقل وهو ميراث الأنثى متيقن به) فأوجبناه كما إذا كان لإثباته بطريق آخر فإنه يؤخذ بالمتيقن به دون المشكوك إلى أن يقوم الدليل على الزائد ، فإن من قال لفلان على دراهم يحكم له بالثلاثة حتى يقوم الدليل على الزائد لكون الأول متيقنا به دون الزيادة . لا يقال : سبب استحقاق الميراث هو القرابة وهي ثابتة بيقين في الخنثى والجهالة وقعت في القسمة بقاء فلا يمتنع الوجوب . لأننا نقول : ليس الكلام في استحقاق أصل الميراث ، وإنما

إذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر فإنه يؤخذ فيه بالمتيقن . كذا هذا . إلا أن يكون نصيبه الأقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو أن تكون الورثة زوجا . وأما وأختا لأب وأم هي خنثى . فعندنا في الأولى لازوج النصف وللأم الثلث والباقي للخنثى ، وفي الثانية للمرأة الربع وللأخوين لأم الثالث والباقي للخنثى لأنه أقل النصيبين قيهما .

ذكر أو أنثى . فلا حاجة إلى قوله بعد ذلك فامعنى قول المصنف وإن لم يكن مشكلا ينبغي أن يقبل قوله (قوله إلا أن يكون نصيبه الأقل لو قدرناه ذكرا) قال في العناية : وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الأنثى متيقن به : يعنى أوجبنا للخنثى ميراث الأنثى المتيقن . وما تجاوزنا عنه إلى نصيب الذكر لأن المال ابتداء لا يجب بالشك . إلا أن يصيب الخنثى أقل من نصيب الأنثى إن قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به انتهى . أقول : فيه نوع اختلاف . لأن تفسيره مراد المصنف بقوله يعنى أوجبنا للخنثى ميراث الأنثى لثبوت الخ يقتضى أن يكون قول المصنف إلا أن يصيبه الأقل لو قدرناه ذكرا استثناء من قوله فأوجبنا المتيقن به قصرا عليه كما هو الظاهر والمصرح به في غاية البيان . فيخالف هذا قوله في أول كلامه وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الأنثى متيقن به تدبر .

هو في استحقاق المقدار . وسببه الذكورة أو الأنوثة . ولا شىء منهما يمتنع به فيما نحن فيه . وقوله (إلا أن يصيبه الأقل لو قدرناه ذكرا) استثناء من قوله وهو ميراث الأنثى متيقن به : يعنى أوجبنا للخنثى ميراث الأنثى المتيقن . وما تجاوزنا عنه إلى نصيب الذكر ، لأن المال ابتداء لا يجب بالشك إلا أن يصيب الخنثى أقل من نصيب الأنثى إن قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو أن يكون زوجا وأما وأختا لأب وأم هي خنثى ، فإن قدرنا الخنثى أنثى كان للزوج النصف وللأم الثلث وللخنثى النصف والمسئلة من ستة وتعود إلى ثمانية ، وإن قدرناه ذكرا كان له الباقي بعد نصيب الزوج وثلث الأم وهو السدس وهو أقل فقدرناه ذكرا ، وإذا ترك امرأة وأخوين لأم وأختا لأب وأم هي خنثى ، للمرأة الربع ولبنى الأخياف الثلث . فإن قدرنا الخنثى أنثى تراث النصف تكون المسئلة من اثني عشر وتعود إلى ثلاثة عشر لها ستة من ثلاثة عشر . وإن قدرناه ذكرا كان له خمسة من اثني عشر وهو أقل فقدرناه ذكرا ، ولو ماتت وتركت زوجا وأختا لأب وأم وخنثى لأب كان للزوج النصف وللأخت لأب وأم النصف ولا شىء للخنثى ، وهذا معنى قول العلماء في تفسير قوله أقل للنصيبين أسوأ الحالين وهو مذهب عامة الصحابة . فإن قيل : إذا كان الخنثى ممن يتوهم استبانة أمره في المال كيف يكون حاله في الميراث ما ذكره المصنف في الكتاب . قلت : كأنه أشار إلى ذلك في أول البحث بقوله وهو أنثى عنده في الميراث إلا أن يتبين غير ذلك : يشير إلى أن الثلثين في تلك المسئلة تدفع إلى الابن والثلث إلى الخنثى . وعلى ذلك أكثرهم لأن سبب استحقاق الابن لجميع المال معاوم وهو البتة . وإنما ينتقص من ذلك لمزاحة حق الغير ، وحيث جعلنا الخنثى أنثى ما زحمة إلا في الثلث فبقى ما وراء ذلك مستحقا له ، وهل يؤخذ منه الكفيل ؟ قال بعض مشايخنا : هو على الخلاف المعروف أن القاضى إذا دفع المال إلى الوارث المعروف لم يأخذ منه كفيلا في قول أبي حنيفة . وعندهما محتاط في أخذ الكفيل منه . وقال بعضهم : محتاط في أخذ الكفيل منه هاهنا عندهم جميعا ، وإنما لم يجوز أبو حنيفة هناك للمجهول ، وهنا إنما يأخذ الكفيل للمعلوم وهو طريق مستقيم يصون به القاضى قضاءه وينظر لمن هو عاجز عن النظر لنفسه وهو الخنثى فيأخذ من الابن كفيلا لذلك ، فإن تبين أن الخنثى ذكر سترد ذلك من أخيه ، وإن تبين أنه أنثى فالمقبوض سالم للابن ، ومنهم من يقول يدفع الثلث إلى الخنثى والنصف إلى الابن ويوقف السدس إلى أن يتبين أمره ، لأن المستحق لهذا السدس منهما مجهول فيوقف إلى أن يتبين المستحق كما في الحمل والمفقود والله أعلم .

(قوله استثناء من قوله وهو ميراث الأنثى) أقول : ينبغي أن يكون استثناء من قوله فأوجبنا المتيقن . لأن المراد المتيقن المجهود وهو

(مسائل شتى)

قال (وإذا قرئ على الأخرس كتاب وصيته فقل له أنشهد عليك بما في هذا الكتاب فأوماً برأسه : أى نعم أو كتب - فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار فهو جائز - ولا يجوز ذلك في الذى يعتقل لسانه) وقال الشافعى : يجوز في الوجهين - لأن المجوز إنما هو العجز وقد شمل النصاين - ولا فرق بين الأصلي والعارضى كالوحشى والمتوحش من الأهل في حق الذكاة - والفرق لأصحابنا رحمهم الله أن الإشارة إنما تعتبر إذا صارت معهودة معلومة وذلك في الأخرس دون المعتقل لسانه - حتى لو امتد ذلك وصارت له إشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الأخرس - ولأن التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية إلى هذا الوقت - أما الأخرس فلا تفريط منه - ولأن العارضى على شرف الزوال دون الأصلي فلا ينقاسان - وفي الآبدة عرفناه بالنص .

(مسائل شتى)

قد كانت عادة المصنفين أن يذكروا في آخر الكتاب ما شذّ ذكره في الأبواب السالفة من المسائل استدراكا للفائت، ويترجمون تلك المسائل بمسائل شتى أو بمسائل متفرقة أو بمسائل متتورة - فعمل المصنف هنا أيضا كذلك جريا على عادتهم (قوله وإذا قرئ على الأخرس كتاب وصيته فقل له أنشهد عليك بما في الكتاب فأوماً برأسه : أى نعم أو كتب - فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار فهو جائز) قال الشراح : وإنما قيد بقوله فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار لأن ما يجىء من الأخرس ومعتقل اللسان على نوعين : أحدهما ما يكون ذلك منه دلالة لإنكار مثل أن يحرك رأسه عرضا - والثاني ما يكون ذلك منه دلالة الإقرار بأن يحرك رأسه طولا إذا كان ذلك معهودا منه في نعم انتهى . أقول : فيه نظر : لأنه لما فسر الإجماع برأسه في تقرير المسئلة بقوله : أى نعم تعين أن وضعها فيما جاء منه دلالة الإقرار فلم يبق حاجة في تقرير جوابها إلى قوله فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار - بل كان يكفي قوله فهو جائز كما لا يخفى (قوله ولأن التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية إلى هذا الوقت - أما الأخرس فلا تفريط منه) أقول : لا يذهب عليك أن هذا التعليل يقتضى أن لا يجوز إشارة المعتقل لسانه - ولو امتد اعتقاله - لأن تأخير الوصية قد جاء من قبله هناك أيضا مع أنهم قالوا هذا بمنزلة الأخرس في الحكم كما صرح به المصنف فيما

(مسائل شتى)

قد ذكرنا قبل هذا أن ذكر مسائل شتى أو مسائل متتورة أو مسائل متفرقة من دأب المصنفين لتدارك ما لم يذكر فيها كان يحق ذكره فيه . قوله (فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار) يشير إلى أن ما يجىء من الأخرس ومعتقل اللسان على نوعين : أحدهما ما يكون ذلك منه دلالة الإنكار مثل أن يحرك رأسه عرضا - والثاني ما يكون ذلك منه دلالة الإقرار بأن يحرك رأسه طولا إذا كان منه معهودا في نعم . وقوله (ولا يجوز ذلك في الذى يعتقل لسانه) على بناء المفعول يقال اعتقل لسانه بضم التاء : إذا حبس عن الكلام ولم يقدر عليه . وقوله (حتى لو امتد) أراد به سنة كذا ذكره الترمذى . وروى عن أبى حنيفة أنه قال : إن دامت العقل إلى وقت موته يجوز إقراره بالإشارة - ويجوز الإشهاد عليه بأنه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالأخرس . قالوا : وعليه الفتوى . وقوله (في الآبدة عرفناه بالنص) وهو ما روى عن رافع بن خديج « أن بعير من إبل الصدقات نذّ فرماه

ميراث الأثني ، وإنما قلنا ينهى أن يكون الخ لأنه أقرب وأبعد عن التكلف فتأمل .

(مسائل شتى)

(قوله بأن يحرك رأسه طولا) أقول : من فوق إلى تحت ، وأما عكسه فدلالة الإنكار .

قال (وإذا كان الأخرس يكتب كتابا أويومي إيماء يعرف به فإنه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه ويقتص له ومنه . ولا يحد ولا يحد له) أما الكتابة فلأنها من نأى بمنزلة الخطاب من دنا . ألا ترى أن النبي عليه الصلاة والسلام أدى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة إلى الغيب . والمجوز في حق الغائب العجز وهو في حق الأخرس أظهر وألزم . ثم الكتاب على ثلاث مراتب : مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا . ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار وأوراق الأشجار . وينتوى فيه لأنه بمنزلة صريح الكتابة فلا بد من النية . وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء . وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم . وأما الإشارة فجعلت حجة في حق الأخرس في حق هذه الأحكام للحاجة إلى ذلك لأنها من حقوق العباد ولا تختص بلفظ دون لفظ ، وقد تثبت بدون اللفظ . والقصاص حق العبد أيضا ، ولا حاجة إلى الحدود لأنها حق الله تعالى ، ولأنها تندري بالشبهات ، ولعله كان مصدقا للماذف فلا يحد للشبهة ،

قيل آتفا ، ولعل صاحب الكافي تغفلن له حيث طرح هذا التعليل من البين (قوله أما الكتابة فلأنها من نأى بمنزلة الخطاب من دنا الخ) أقول : فيه شيء . وهو أن هذا يدل على بعض المدعى ولا يدل على بعضه الآخر ، بل يدل على خلافه ، فإن المدعى أن كتابة الأخرس حجة فيما سوى الحدود وليست بحجة في الحدود ، وهذا الدليل المذكور لا يدل على عدم كونها حجة في الحدود . إذ لا فارق فيه بين الحدود وما سواها ، بل يدل على كونها حجة في الحدود أيضا إذا كانت مستبينة مرسومة باقتضاء قوله وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا ، فإنه إذا كان بمنزلة النطق في حق الحاضر أيضا لم يكن حجة ضرورية فينبغي أن يكون حجة في الحدود أيضا كما كان النطق حجة فيها أيضا فليتأمل في المخلص (قوله وأما الإشارة فجعلت حجة في حق الأخرس في حق هذه الأحكام للحاجة إلى ذلك لأنها من حقوق العباد) أقول : لقائل أن يقول : من هذه الأحكام الطلاق على ما صرح به في وضع المسئلة وهو من حقوق الله تعالى ، لأن فيه تحريم الفرج وهو حق الله تعالى لهذا لم تشترط الدعوى في الشهادة عليه بالاتفاق . كما لم تشترط في الشهادة على عتق الأمة أيضا بالاتفاق بناء على ذلك كما صرحوا به قاطبة ومرة في الكتاب أيضا في باب عتق أحد العبدین من كتاب العتاق . فإن قلت : ليس الطلاق من حقوق الله تعالى الصرفة ، بل فيه حق العبد أيضا لتعلق حق الزوجين به فجاز أن يكون مدار قول المصنف لأنها من حقوق العباد على ذلك . قلت : مجرد تحقق حق العبد في شيء لا يكفي في كون إشارة الأخرس حجة فيه ؛ ألا يرى أن إشارته لا تكون حجة في حق حد القذف مع أن فيه حق العبد وهو دفع العار عن المقدوف . كما أن فيه حق الله تعالى ، بل لابد في كون إشارته حجة من أن يكون الحكم من حقوق العباد فقط أو مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى كالقصاص ، لا مما غلب فيه حق الله تعالى على حق العبد كحد القذف عند عامة عامائنا على ما عرف في موضعه ، وكون الطلاق مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى ممنوع . كيف ولو كان كذلك لما قبلت الشهادة عليه بدون الدعوى ، فإن الدعوى شرط في قبول الشهادة في حقوق العباد . حتى أن مطالبة

رجل وسمي فقتله . فقال عليه الصلاة والسلام : إن لها أو ابد كأو ابد الوحش ، فإذا فعلت شيئا من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كلوه » وقوله (ولا يحد) أي الأخرس إذا قذف بالإشارة أو الكتابة (ولا يحد له) إذا كان مقدوفا . وقوله (وهو) أي العجز (في حق الأخرس أظهر منه في حق الغائب) لأن الظاهر من حال الغائب الحضور ، والظاهر من حال الأخرس عدم زوال خرسه . فلما قبل الكتاب في حق الغائب في ثبوت الأحكام مع رجاء الحضور : فلأن يقبل في حق الأخرس مع اليأس عن زوال الخرس أولى . وقوله (ثم الكتاب على ثلاث مراتب : مستبين) احتراز عن غير المستبين وهو الكتاب على الهواء ، وإما مرسوم : أي معنون : أي مصد بال عنوان وهو أن يكتب في صدره من فلان إلى فلان ، وبما ذكرنا علم الأقسام الثلاثة والحكم في كل منها ما ذكره . وقوله (وينتوى فيه) أي يطلب منه النية فيه . وقوله (لأنه بمنزلة صريح الكتابة) أي الكتابة القولية كقوله أنت بائن وأمثاله . وقوله (ولا تختص بلفظ دون لفظ) فإنه كما يثبت بالعربي يثبت بغيره (وقد تثبت بغير لفظ)

ولا يحدّ أيضا بالإشارة في القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط . ثم الفرق بين الحدود والقصاص أن الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة : ألا ترى أنهم لو شهدوا بالوطء الحرام أو أقرّ بالوطء الحرام لا يجب الحد ، ولو شهدوا بالقتل المطلق أو أقرّ بمطلق القتل يجب القصاص وإن لم يوجد لفظ التعمد . وهذا لأن القصاص فيه معنى العوضية لأنه شرع جابرا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوزات التي هي حق العبد . أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة . وذكر في كتاب الإقرار أن الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه . ويحتمل أن يكون الجواب هنا كذلك فيكون فيهما روايتان . ويحتمل أن يكون مقارفا لذلك لأنه يمكن الوصول إلى نطق الغائب في الجملة لقيام أهلية النطق . ولا كذلك الأخرس لتعذر الوصول إلى النطق للأفة المانعة . ودلت المسئلة على أن الإشارة معتبرة وإن كان قادرا على الكتابة ، بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا رحمهم الله أنه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة .

المقدوف شرط في ثبوت حق القذف وإن كان الغالب فيه حق الله تعالى عندنا . ولهذا لا يصح عفو المقدوف ولا يجوز الاعتياص عنه ولا يجري الإرث فيه عندنا كما مر في الحدود . فما ظنك بعدم اشتراط الدعوى في ثبوت الطلاق لو كان حق العبد فيه غالبا على حق الله تعالى تفكر (قوله وهذا لأن القصاص فيه معنى العوضية لأنه شرع جابرا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوزات التي هي حق العبد ، أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر . وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة) أقول : فيه بحث . أما أولا فلأن ما ذكره هنا من جواز ثبوت القصاص مع الشبهة مخالف لما صرح به فيما مر في عدة مواقع : منها كتاب الكفالة فإنه قال فيه : فلا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة ، لأن معنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق . ومنها كتاب الشهادات فإنه قال فيه : ولا تقبل في الحدود والقصاص شهادة النساء ، لأن فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرى بالشبهات . ثم قال فيه في باب الشهادة على الشهادة : الشهادة على الشهادة جائزة عندنا في كل حق لا يسقط بالشبهة ولا تقبل فيما يندرى بالشبهات كالحدود والقصاص ومنها كتاب الوكالة فإنه قال فيه : وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق . وكذا بإيفائها واستيفائها إلا في الحدود والقصاص . فإن الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المحاس لأنها تندرى بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته . ومنها كتاب الدعوى فإنه قال فيه في باب اليمين : ومن ادعى قصاصا على غيره فجمد استخلف بالإجماع . ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص ، وإن نكل في النفس حبس حتى يخلف أو يقر . وهذا عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : لزمه الأرض فيهما ، لأن النكول إقرار فيه شبهة فلا يثبت به القصاص ويجب به المال . ومنها كتاب الجنائات . فإنه صرح فيه في مواضع كثيرة منه بعدم ثبوت القصاص بالشبهة بل جعلها أصلا مؤثرا في سقوط القصاص . وفرغ عليه كثيرا من مسائل سقوط القصاص بتحقيق نوع من الشبهة في كل واحدة منها كما لا يخفى على الناظر في تمام ذلك الكتاب . وأما ثانيا فلأن قيد الخالصة في قوله أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر مستدرك بل محل هنا ، فإن حد القذف غير خالص لله تعالى . بل فيه حق الله تعالى وحق العبد كما صرحوا به مع أنه أيضا زاجر لا يثبت بالشبهة . ولا تكون إشارة الأخرس حجة فيه أيضا كما صرح به فيما مر آنفا فلا يتم التقريب بالنظر إليه على التقييد المزبور (قوله ودلت المسئلة على أن الإشارة معتبرة وإن كان قادرا على الكتابة .

أى بفعل يدل على القول كالتعاطي . وقوله (ويحتمل أن يكون الجواب هنا كذلك) أى لا يكون حجة (فيكون فيهما) أى في الأخرس والغائب الغير الأخرس روايتان . وقوله (لأنه) أى الإشارة على تأويل المذكور .

(قال المصنف : ثم الفرق بين الحدود والقصاص ، إلى قوله : لأن القصاص فيه معنى العوضية لأنه شرع جابرا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوزات) أقول : وقد صرح في أوائل الجنائات أن الشبهة تؤثر في سقوط القصاص . ثم .

لأنه حجة ضرورية . ولا ضرورة لأنه جمع هاهنا بينهما فقال : أشار أو كتب . وإنما استويا لأن كل واحد منهما حجة ضرورية . وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الإشارة : وفي الإشارة زيادة أثر لم يوجد في الكتاب لما أنه أقرب إلى النطق من آثار الأقلام فاستويا (وكذلك الذي صمت يوما أو يومين لعارض) لما بينا في المعتقل لسانه أن آلة النطق قائمة . وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان . قال (وإذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فإن كانت المذبوحة أكثر تحرى فيها وأكل . وإن كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يأكل) وهذا إذا كانت الحالة حالة الاختيار . أما في حالة الضرورة يحل له تناول في جميع ذلك . لأن الميتة المتيقنة تحل له في حالة الضرورة . فالتى تحتل أن تكون ذكية أولى . غير أنه يتحرى لأنه طريق يوصاه إلى الذكية في الجملة فلا

إلى قوله : لأنه جمع هاهنا بينهما فقال أشار أو كتب) قال صاحب الغاية : ولنا في دعوى الجمع بينهما نظر . لأنه قال في الجامع الصغير : وإذا كان الآخرس يكتب أو يويى وكلمة أو لأحد الشئين لا للجمع ، على أنا نقول : قال في الأصل : وإن كان الآخرس لا يكتب وكانت له إشارة تعرف في نكاحه وطلاقه وشرائه وبيعه فهو جائز ، فيعلم من إشارة رواية الأصل أن الإشارة من الآخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة لأنه بين حكم إشارة الآخرس بشرط أن يكتب . فافهم إلى هنا لفظه . أقول : نظره ساقط جدا . إذ ليس مراد المصنف بالجمع بينهما بالجمع بينهما في كل مادة من مواد إعلام الآخرس . بل مراده بالجمع بينهما في جواز إعلام الآخرس مراده بأى واحد منهما . ولا شك في دلالة كلمة أو على هذا المعنى لأنها لأحد الأمرين بلاتعيين . فإذا أتى الآخرس بأى واحد منهما على انفراده يتحقق الإتيان بأحد الأمرين . ويجوز ذلك بحسب الشرع . أى يقبل ويعمل به بموجب قول محمد في جواب هذه المسئلة فهو جائز . وأما علاوته التى ذكرها بقوله على أنا نقول الخ فليست بشىء أيضا . لأن مراد المصنف دلالة مسئلة الجامع الصغير على استواء الإشارة والكتابة من الآخرس ومعنى قوله لأنه جمع هاهنا بينهما أنه جمع في الجامع الصغير بينهما كما صرح به الشارح المذكور حيث قال في شرح قوله لأنه جمع هنا بينهما : أى جمع في الجامع الصغير بين الإشارة والكتابة . ولا ريب أن هذا لاينافى إشارة الأصل إلى أن إشارة الآخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة . غاية الأمر أن يكون في المسئلة روايتان ومثل ذلك كثير . فإن قلت : فعلى هذا كيف يتم قول المصنف بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا أنه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة فإن ما ذهب إليه ذلك البعض من أصحابنا يكون حينئذ مبنيا على رواية الأصل ، فما معنى نسبة التوهم إليهم ؟ قلت : مراد المصنف بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا أنه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة أصلا : أى في رواية ما . ولك أن تقول : يجوز أن يكون نسبة التوهم إليهم بالنظر إلى الدراية دون الرواية تأمل (قوله وإذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فإن كانت المذبوحة أكثر تحرى فيها وأكل ، وإن كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يأكل) قال في العناية أخذنا من النهاية : طوب بالفرق بين

وقوله (لانه) أى محمدا (جمع هنا) أى في الكتاب (بينهما) بقوله يكتب كتابا أو يويى إيماء . وقوله (وفي الكتابة زيادة بيان لم توجد في الإشارة) لأن فضل البيان في الكتابة معلوم حسا وعيانا حيث يفهم منه المقصود بلا شبهة . بخلاف الإشارة فإن فيها نوع لإيهام (وفي الإشارة زيادة أثر لم توجد في الكتابة لأنه) أى الإشارة (أقرب إلى النطق من آثار الأقلام) لأن العلم بالكتابة إنما يحصل بآثار الأقلام وهى منفصلة عن آثار المتكلم . وأما العلم الحاصل بالإشارة فحاصل بما هو متصل بالمتكلم . وهو إشارته بيده أو رأسه ، والمتصل بالمتكلم أقرب إليه من المنفصل عنه فكان أولى بالاعتبار . وقوله (وكذا الذي صمت يوما أو يومين) عطف على قوله ولا يجوز ذلك في الذى يعقل لسانه : أى لا يجوز إقراره بأن أو ما برأسه أى نعم أو كتب . وقوله (وإذا كانت الغنم مذبوحة الخ) ظاهر وطوب بالفرق بين هذا وبين الثياب ، فإن المسافر إذا كان معه ثوبان : أحدهما نجس والآخر طاهر ولا يتميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فإنه يتحرى ويصلى فى الذى يقع تحريمه أنه طاهر ، فقد جوز التحرى هناك فيما إذا كان الثوب النجس والثوب الطاهر نصفين ، وفي الذكية والميتة لم يجوز . وأجيب بأن وجه الفرق هو أن حكم الثياب أخف من غيرها لأن الثياب لو كانت كلها نجسة كان له أن يصلى في بعضها ثم لا يعيد صلاته لأنه مضطر إلى الصلاة فيها ، بخلاف ما نحن فيه من الغنم . ويؤيده أن الرجل

يتركه من غير ضرورة . وقال الشافعي : لا يجوز الأكل في حالة الاختيار وإن كانت المذبوحة أكثر لأن التحري دليل ضروري فلا يصار إليه من غير ضرورة . ولا ضرورة لأن الحالة حالة الاختيار . ولنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة في إفادة الإباحة : ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخاو عن المحرم المسروق والمغصوب ومع ذلك يباح تناول اعتمادا على الغالب . وهذا لأن القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع منه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف . بخلاف ما إذا كانا نصفين أو كانت الميتة أغلب لأنه لا ضرورة فيه . والله أعلم بالصواب . وإليه المرجع والمآب .

هذا وبين الثياب ، فإن المسافر إذا كان معه ثوبان أحدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فإنه يتحرى ويصل في الذي يقع تحريمه أنه طاهر ، فقد جوز التحري هناك فيما إذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفي الذكية والميتة لم يجوز . وأجيب بأن وجه الفرق هو أن حكم الثياب أخف من غيرها ، لأن الثياب لو كانت كلها نجسة كان له أن يصل في بعضها ثم لا يعيد صلاته لأنه مضطر إلى الصلاة فيها ، بخلاف ما نحن فيه من الغنم ، ويؤيده أن الرجل إذا لم يكن معه إلا ثوب نجس فإن كان ثلاثة أرباعه نجسا وربعه طاهر يصل فيه ولا يصل عريانا بالإجماع ، فلما جازت صلاته فيه وهو نجس ييقن فلأن تجوز بالتحري حالة الاشتباه أولى انتهى . أقول : لا الشبهة شيء ولا الجواب عندي . أما الأول فلأن تجوز التحري فيما إذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين إنما هو في حالة الاضطرار بأن لا يكون معه ثوب غيرها كما صرحوا به ، وعدم تجويزه فيما إذا كانت الميتة والذكية نصفين إنما هو في حالة الاختيار كما صرحوا به في شروح الجامع الصغير وصرح به المصنف هنا بقوله وهذا إذا كانت الحالة حالة الاختيار . أما في حالة الضرورة محل له تناول في جميع ذلك فلا تتوجه المطالبة بالفرق بين المسئلتين رأسا لظهور اختلاف حكمي حالتي الاختيار والاضطرار قطعا . وأما الثاني فلأن ما ذكر فيه لا يقتضي كون حكم الثياب أخف من حكم غيرها . لأن جواز الصلاة في بعض الثياب عند كون كلها نجسة وعدم لزوم إعادة الصلاة إذ ذاك إنما هو في حالة الاضطرار كما أفصح عنه المحجب بقوله لأنه مضطر إلى الصلاة فيها ، وكون ما نحن فيه من الغنم بخلاف ذلك إنما هو في حالة الاختيار كما تحققته ، فمن أين يثبت كون حكم الثياب أخف من حكم غيرها مطلقا حتى يصلح أن يجعل مدار الفرق بين تينك المسئلتين .

قال مؤلف الكتاب رحمه الله

هذا آخر ما تيسر لنا من شرح الهداية بتوفيق من الله وهداية : ألفته مع توزع الحاطر وتشتت البال من تراكم المهوم وكثرة البلبال ، وسميته : (نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار) لاشتماله على ثلاثة آلاف من التصرفات التي لم يسبقني إليها أحد من الثقاة ، ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء ، فله الحمد والمنة وله الكبرياء ، ربنا آتتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار ، ربنا فاغفر لنا ذنوبنا وكفر عنا سيئاتنا وتوفنا مع الأبرار ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه والأنصار . ثم

إذا لم يكن معه إلا ثوب نجس ، فإن كان ثلاثة أرباعه نجسا وربعه طاهر يصل فيه : ولا يصل عريانا بالإجماع ، فلما جازت صلاته فيه وهو نجس ييقن فلأن تجوز بالتحري حالة الاشتباه أولى ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

فهرس

الجزء العاشر

من شرح فتح القدير ، للإمام ابن الهمام الحنفى

صحيفة	صحيفة
١٧٣ باب الرهن يوضع على يد العدل	٣ كتاب الكراهية
١٧٩ باب التصرف فى الرهن والجناية عليه وجناتته على غيره	٤ فصل فى الأكل والشرب
١٩٦ فصل ومن رهن عصيرا قيمته عشرة فتخمر	١٧ فصل فى اللبس
٢٠٣ كتاب الجنابات	٢٤ فصل فى الوطء والنظر واللمس
٢١٥ باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه	٤٠ فصل فى الاستبراء وغيره
٢٣٢ فصل ومن شهر على المسلمين سيفنا فعليهم أن يقتلوه	٥٣ فصل فى البيع
٢٣٣ باب القصاص فيما دون النفس	٦٢ مسائل متفرقة
٢٣٩ فصل فى حكم الفعلين	٦٨ كتاب إحياء الموات
٢٤٨ فصل ومن قطع يد رجل خطأ الخ	٧٩ فصول فى مسائل الشرب
٢٦٠ باب الشهادة فى القتل	٨١ فصل فى كرى الأنهار
٢٦٧ باب فى اعتبار حالة القتل	٨٤ فصل فى الدعوى والاختلاف والتصرف فيه
٢٧٠ كتاب الديات	٨٨ كتاب الأشربة
٢٧٩ فصل فيما دون النفس	١٠٨ فصل فى طيخ العصير
٢٨٤ فصل فى الشجاج	١١٠ كتاب الصيد
٢٨٨ فصل فى الأطراف دون الرأس	١١٣ فصل فى الجوارح
٢٩٩ فصل فى الجنين	١٢٥ فصل فى الرمى
٣٠٦ باب ما يحدث الرجل فى الطريق	١٣٥ كتاب الرهن
	١٥٢ باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به الخ
	١٦٨ فصل ومن رهن عبيدين بألف الخ

صحيحة	صحيحة
٤٤٠ باب الوصية بثالث المال	٣٢١ فصل في الحائط المائل
٤٦١ فصل في اعتبار حالة الوصية	٣٢٥ باب جنابة البهيمة والجنابة عليها
٤٦٣ باب العتق في مرض الموت	٣٣٧ باب جنابة المملوك والجنابة عليه
٤٦٩ فصل ومن أوصى بوصايا في حقوق الله تعالى	٣٥٤ فصل في الجنابة على العبد
٤٧٤ باب الوصية للأقارب وغيرهم	٣٦٣ فصل في جنابة المدبر وأم الولد
٤٨٥ باب الوصية بالسكنى والخدمة والتمرة	٣٦٦ باب غصب العبد والمدبر والصبي والجنابة
٤٩٢ باب وصية الذمي	في ذلك
٤٩٦ باب الوصى وما يملكه	٣٧٢ باب القسامة
٥١١ فصل في الشهادة	٣٩٤ كتاب المعاقل
٥١٥ كتاب الخنثى	٤١٠ كتاب الوصايا
٥١٦ فصل في بيانه	٤١٢ باب في صفة الوصية ، ما يجوز من ذلك ،
٥١٧ فصل في أحكامه	وما يستحب منه ، وما يكون رجوعا عنه
٥٢٤ مسائل شتى	

